

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELLA PEREIRA FERRARO

DO PROCESSO BIPOLAR A UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

CURITIBA

2015

MARCELLA PEREIRA FERRARO

DO PROCESSO BIPOLAR A UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito das Relações Sociais, linha de pesquisa Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

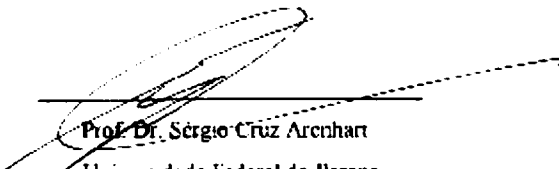
CURITIBA

2015

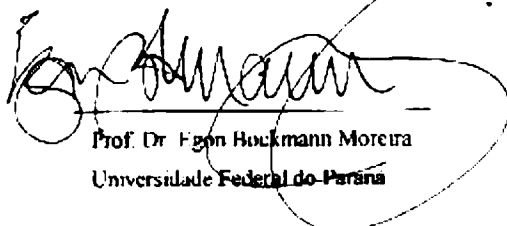
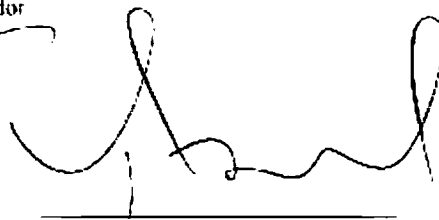
TERMO DE APROVAÇÃO**MARCELLA PEREIRA FERRARO**
DO PROCESSO BIPOLAR A UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito do
das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Curitiba, 27 de março de 2015


Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Orientador


Prof. Dr. Egon Huckmann Moreira
Universidade Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Não é pouco pelo que sou grata. Já bastariam a inspiração e o exemplo de seriedade e brilhantismo acadêmicos, mas igualmente agradeço a autonomia conferida, a confiança depositada e a paciência constante. Sem espaço para dúvidas, outra fosse a orientação, outra seria a pesquisa. Não apenas pela sugestão de aprofundar o estudo das decisões estruturais, como também por me fazer acreditar que é possível um outro processo coletivo, realmente efetivo.

Tampouco poderia deixar de registrar o meu agradecimento aos demais membros da banca, Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral e Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, por terem, apesar de todos os compromissos, aceitado participar da avaliação deste trabalho.

Ao Professor Egon, devo algumas palavras adicionais, pois não é sempre que encontramos alguém que realmente nos quer ver crescer e consegue ter uma relação tão saudável com seus alunos. Agradeço o apoio dispensado desde a graduação e todo o incentivo na pós-graduação, e para além dela. Não estava entre a composição inicial da banca, e a feliz alteração parece reforçar que a vida tem menos coincidências do que a gente imagina.

Ainda no campo docente, tenho de agradecer ao Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão. As reflexões sobre o processo civil, que vêm também desde a graduação, certamente contribuíram para muitas das ideias aqui defendidas. Igualmente a experiência no Tribunal de Justiça, em que foi possível ver o abismo que separa a efetividade afirmada e a efetividade (não) realizada da tutela coletiva.

Agradeço também a todos os demais professores que participaram da minha formação no curso de mestrado, a todos os servidores do PPGD da UFPR e aos funcionários da biblioteca da UFPR e da Justiça Federal, especialmente pela disponibilidade em enviar artigos assim que precisei. À Elaine e ao Emerson, obrigada por sempre serem prestativos e estarem disponíveis para me ajudar com as cópias. Da mesma maneira, agradeço a todos que custeiam o ensino público e espero que este estudo possa, em alguma medida, representar uma parte de minha retribuição à sociedade brasileira.

Aos amigos da pós-graduação, devo, de igual modo, meu agradecimento. A alguns não posso deixar de fazê-lo nominalmente, porque não simplesmente cruzaram, mas percorreram todo o caminho comigo, do começo ao fim, até os últimos minutos. Juliana Pondé Fonseca, Luiz Henrique Krassuski, Paula Pessoa e Ricardo Alexandre da Silva, obrigada pelas conversas, pelo apoio, pelo incentivo em momentos em que a vontade era a de desistir, pela ajuda com a revisão

do texto, pelo auxílio com traduções e aspectos formais – para citar algumas razões. Obrigada por confirmarem que pesquisa acadêmica sem amizades perde muito do seu sentido. Ainda, mesmo que de modo repetitivo, registro não poderia faltar dos “*Big Five*” – Luiz, Paula, Ricardo, Silvia e *Silvianizes* –, pelos encontros que não apenas renderam bons estudos, mas risadas melhores ainda.

Às amigas que me acompanham desde a graduação, agradeço especialmente o apoio, a compreensão e por não esquecerem a minha existência, mesmo que não raras as ausências. Agradecimento adicional devo à Mayara Isfer e Mayara Tonin, pelo auxílio com material bibliográfico, e à Mayara Tonin, novamente, e à Amália Baki, pela ajuda com a revisão do texto.

Por fim, e certamente não menos importante, à minha família, obrigada pelo suporte e por todos os sacrifícios já realizados para que eu pudesse chegar até aqui e concluir esta etapa.

*“Fazer teoria é muito mais fácil do que fazer
de uma teoria uma coisa praticável.”*

António Manuel Hespanha

RESUMO

A preocupação central do presente trabalho é a de que o Judiciário lida com problemas estruturais, que são policêntricos e altamente complexos, mas o faz por meio de um processo bipolarizado, que é completamente inadequado para tanto. Três razões evidenciam a necessidade de repensar o processo e a forma de atuação jurisdicional. A primeira delas decorre do plano material: os casos estruturais, em razão de suas características, não se amoldam à lógica bipolar. Em segundo lugar, esses casos não podem ser simplesmente afastados do Judiciário, pois o fenômeno é muito mais complexo que um suposto voluntarismo judicial que “intervém” em campos além do espaço jurídico, e por isso é urgente repensar a atual prática judiciária, pois ainda é marcada pela bipolarização. A terceira razão liga-se à necessidade de aprimorar a capacidade do Judiciário, demonstrando que parte das críticas à capacidade institucional deriva do modelo processual adotado, bipolarizado e individualista. Assentadas essas premissas, outra lógica processual é proposta, partindo da análise das *structural injunctions* estadunidenses e do experimentalismo, abordagem do fenômeno estrutural defendida por Charles F. Sabel e William H. Simon. O processo coletivo-estrutural deve ser construído sobre os elementos de participação e negociação, foco nos resultados, flexibilidade e transparência. Esse outro modelo processual é marcado pela flexibilização processual, que engloba a maleabilidade da demanda – possibilitando inclusive a coletivização – e a multipolaridade processual, que decorre da ampla participação dos interessados, cogitando-se a existência, além disso, de uma transpolaridade, com a migração das partes de um polo a outro da relação processual. O gerenciamento procedimental permite a construção do procedimento adequado ao caso concreto. A oralidade é uma de suas características marcantes, expressadas especialmente pelo importante papel das audiências (incluindo audiências públicas), que podem ter diversas funções. A cisão entre conhecimento e execução é colocada em xeque pelo processo coletivo-estrutural, pois as duas atividades nele convivem, e de maneira continuada. Assim, a aplicação do instituto da coisa julgada também é desafiada, já que pressupõe a existência de uma declaração completa e definitiva que “resolve o litígio”.

Palavras-chave: Processo coletivo; problemas estruturais; litígios estruturais; *structural injunctions*; flexibilização processual; gerenciamento procedimental; experimentalismo.

ABSTRACT

The main idea of the present master thesis is that the Judiciary deals with structural problems, which are highly complex and polycentric, but does it through the bipolar procedure, which is absolutely inadequate. Three reasons evidentiate the need to rethink this procedure and adjudication as a whole. The first one arises from the substantive perspective: structural cases do not fit into bipolar logic. Secondly, these cases cannot simply be withdrawn from the Judiciary, for the phenomenon is much more complex than the so-called “judicial voluntarism” that “interferes” in fields outside the law, and so it is urgent to rethink the judicial practice, because it still operates on the bipolar logic. The third reason is connected to the need to improve the institutional capacity of the Judiciary, indicating that part of the critique to this phenomenon derives from the bipolar and individualistic procedure standards. Upon these premises, a new procedural logic is designed through the analysis of American structural injunctions and experimentalism, the approach proposed by Charles F. Sabel and William H. Simon. The structural collective procedure should, therefore, be built upon participation and negotiation, focus on results, flexibility and transparency. The new procedural model is marked by the procedural flexibility, defined by claim malleability, which allows collectivization and claim plasticity; and by procedural multipolarity, permitting full participation of all interested subjects, also suggesting the existence of transpolarity, allowing parties to migrate from one pole to another. Procedural management permits the construction of a proceeding that is adequate to the case. Orality is one of its definitive features, expressed by the occurrence of hearings (including public hearings), which have multiple functions. The division between the adjudicative and remedial phases of the procedure is also questioned by the structural collective procedure: there are no separate phases. Therefore, the concept of *res judicata* is challenged, for it presupposes a final, complete declaration to “resolve the dispute.”

Key words: Collective procedure; structural problems; structural litigation; structural injunctions; procedural flexibilization; procedural management; experimentalism.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	1

PARTE I

RAZÕES PARA CONSTRUIR UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

CAPÍTULO 1 - RECLAMOS DO PLANO MATERIAL POR OUTRA FORMA DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL: *Da lógica bipolar aos casos estruturais*6

1.1 Problemas policêntricos	9
1.1.1 Policentria	10
1.1.2 Violações estruturais de direitos	14
1.2 Exigência de outra racionalidade	17
1.2.1 Causalidade complexa	18
1.2.2 Prospectividade	23
1.2.3 Imbricação de interesses: da maximização ao balanceamento	27
1.2.4 Factibilidade e participação	30

CAPÍTULO 2 - PROBLEMAS ESTRUTURAIS E A PRÁTICA JUDICIÁRIA: *Bipolarização até quando?* 32

2.1 “Inafastabilidade da jurisdição”: uma nova roupagem à conhecida ideia.....	33
2.1.1 Panorama	34
2.1.2 Atuação jurisdicional e questões estruturais: alguns exemplos da prática judiciária brasileira	38
2.1.3 Problemas estruturais sem processo coletivo-estrutural: para onde estamos indo?.....	42
2.2 Notas sobre o arranjo institucional no contexto brasileiro contemporâneo	49
2.3 Tudo isso leva a (ou impõe) repensar o conceito de jurisdição	56

CAPÍTULO 3 - REFLEXÕES A PARTIR DAS CRÍTICAS À CAPACIDADE INSTITUCIONAL: *Limitações de um modelo processual bipolarizado?* 62

3.1 “O Judiciário não é capaz de lidar com problemas estruturais”: alguns argumentos recorrentes pela falta de capacidade institucional	64
3.1.1 Algumas características usualmente atribuídas e possíveis relações com a falta de capacidade institucional	65

3.1.2 Independência e imparcialidade: o problema de estar afastado e o de aproximar-se demais	68
3.1.3 O problema dos custos e da estrutura judiciária (desaparelhamento).....	70
3.1.4 O problema das questões “extrajurídicas”: incapacidade de cognição judicial ou desafio epistêmico?	73
3.1.5 O problema do ensino jurídico	78
3.1.6 O problema da distorção e da falta de isonomia: do individual ao coletivo	79
3.1.7 O problema do procedimento prefixado em lei e do objeto do processo: da rigidez à construção do caso e do procedimento	81
3.1.8 O problema da participação individual e o da representatividade e da representação.....	82
3.1.9 O problema da retrospectividade e do regime de provas.....	85
3.1.10 O problema da certeza e do término do processo	87
3.1.11 O problema do “fracasso” ou “insucesso” da atuação estrutural: da maximização irrealista para a factibilidade	89
3.2 Limitações que não são limites: análise comparativa e aprimoramento institucional com a construção de um processo coletivo-estrutural.....	92

PARTE II

ELEMENTOS E TÉCNICAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

CAPÍTULO 4 - CONTORNOS DO PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL: *Adequação concreta e dinâmica do processo aos casos estruturais*

4.1 Experiência estadunidense	99
4.1.1 <i>Brown</i> e as <i>structural injunctions</i>	100
4.1.2 Comando-e-controle <i>versus</i> experimentalismo.....	109
4.2 Contornos do processo coletivo-estrutural no Brasil	118
4.2.1 Viés pragmático.....	118
4.2.2 Transformação concreta: o desafio de ir além das decisões autossuficientes	122
4.2.3 Elementos do processo coletivo-estrutural.....	127
4.2.3.1 Participação e negociação: construção interativa	127
4.2.3.1.1 Participação ampla	128
4.2.3.1.2 Negociação	131
4.2.3.1.3 Coerção?	133
4.2.3.2 Desestabilização e foco nos resultados.....	136
4.2.3.3 Flexibilidade: aprendendo com os “erros e acertos”.....	137
4.2.3.4 Transparência.....	138
4.3 Dos elementos às técnicas processuais	140

CAPÍTULO 5 - FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E GERENCIAMENTO PROCEDIMENTAL: *Muito além do “processo de conhecimento”*..... 141

5.1 Flexibilização processual	142
5.1.1 Maleabilidade da demanda.....	143
5.1.1.1 Necessidade de coletivização.....	144
5.1.1.2 Possíveis técnicas de coletivização	148
5.1.1.3 Plasticidade da demanda.....	153
5.1.2 Multipolaridade processual.....	157
5.1.2.1 Atipicidade da participação.....	158
5.1.2.2 Transpolaridade.....	163
5.2 Gerenciamento procedimental.....	165
5.2.1 Processo coletivo-estrutural com qual “ação coletiva”?.....	165
5.2.2 Construção do procedimento adequado	167
5.2.3 Oralidade: a revalorização de uma velha conhecida	170
5.2.4 Microinstitucionalidade	174

CAPÍTULO 6 - DO DIVÓRCIO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO: *Para além do processo sincrético e da coisa julgada como ápice processual* 176

6.1 Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa: o divórcio	176
6.2 Uma coisa é outra coisa? A união estável	179
6.3 Coisa julgada: ponto de chegada?.....	185
6.4 Coisa julgada e estabilidade: entre o estático e o dinâmico	189

CONSIDERAÇÕES FINAIS

199

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

201

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como o próprio título indica, este trabalho insere-se no campo da tutela jurisdicional coletiva. Mais especificamente, faz parte do universo das *structural injunctions* ou decisões estruturais. Por ora, vale dizer que se trata de provimentos – de dimensões coletivas – que visam a reformar instituições, já que o modo como operam, em razão de suas práticas e dinâmicas, acarreta violações de direitos. O caso paradigmático nessa seara, e que inclusive guarda relação com o surgimento daquela primeira expressão nos Estados Unidos, é o *Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte em 1954 e 1955, concernente à reforma do sistema educacional estadunidense, objetivando o fim da segregação racial nas escolas públicas.

Não obstante, a perspectiva adotada é mais ampla, no sentido de que não se pretende simplesmente estudar decisões que possam ser consideradas estruturais. Diferentemente, o intento é pensar o processo como um todo, pois focar na decisão é insuficiente. O fenômeno, para além de transbordar o próprio Judiciário,¹ tem maior amplitude no âmbito judicial, pondo-se como uma *outra forma de atuação jurisdicional*, uma atuação estrutural, que deve contar não com um provimento estrutural dentro do processo civil clássico, mas com um outro modelo de processo, sem a “esclerose acentuada das ideias tomadas como intocáveis”².

A inquietação que norteia a pesquisa põe-se justamente aí. Aquelas reformas (ou até mesmo *construções*) lidam com problemas estruturais que marcam instituições, problemas estes, portanto, que não são pontuais nem passageiros, mas que se relacionam com a própria estrutura do sistema, comprometendo seu funcionamento. Pode estar-se falando de educação, saúde, meio ambiente, moradia, concorrência, infraestrutura, segurança pública, previdência, trabalho; para citar alguns. Os campos são os mais diversos, quando não se entrelaçam. São problemas policêntricos e complexos, mas não necessariamente são assim compreendidos ou estão recebendo o tratamento adequado quando levados ao Judiciário.

¹ “Institutional reform litigation is not a judicial movement but a political practice. How courts began, and whether they continue, to be an arena for such litigation; how the litigation looks; and whether it succeeds or fails are functions not simply of judicial will and role, but of the goals, resources, and actions of many groups and actors, filtered through the rules of litigation.” (SCHLANGER, Margo. *Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation*. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, p. 1.994-2.036, 1999, p. 2.036).

² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 17. “What would, in fact, provoke a genuine crisis of legitimacy would be to insist on procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today” (FISS, Owen. M. *The Forms of Justice*. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 36).

Basicamente, podem apresentar judicialmente três “roupagens”: individual-bipolar, coletivo-bipolar e coletivo-estrutural. As duas primeiras hipóteses são marcadas pela bipolarização do litígio, como se o conflito envolvesse, de maneira relevante, apenas dois polos, representados classicamente pelas figuras do autor e do réu. Encaixam-se em um modelo processual estruturado para lidar com essa configuração, igualmente bipolarizado e de acento individualista. Até para caber nesse processo bipolarizado, a situação material acaba tendo de adaptar-se às categorias que o conformam, e isso se pode dar mesmo em um processo coletivo, se ele mantiver as bases daquele pensado para uma disputa entre dois indivíduos e, mais ainda, para disputas privadas patrimoniais. Está na hora de o processo adequar-se às necessidades, não o inverso.³

Nesse sentido é que se tem a roupagem do caso como coletivo-estrutural. É uma conformação que assume a complexidade dos problemas estruturais, distanciando-se de uma visão fragmentada e muitas vezes distorcida. Não se pretende trazer uma definição do que seriam, nessa linha, os casos estruturais,⁴ mas, como será visto logo a seguir, apresentar potenciais características, quais sejam, causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação, indicando o modo como devem ser compreendidos e o quanto se afastam dos litígios bipolarizados. Essas características têm reflexo nos elementos que se devem fazer presentes em um processo que se pretenda efetivo, evidenciando a necessidade de ser repensado, do que este trabalho é uma tentativa.

Quanto a esse repensar, convém dizer que o modelo processual bipolarizado pode, e assim diversos dos problemas apontados ao longo da dissertação, ser considerado insuficiente no próprio campo individual ou mesmo em outras espécies de casos coletivos, ou seja, o processo em geral e a prestação de tutela jurisdicional como um todo também precisam ser aprimorados em vários aspectos, mas estes foram recortados da presente pesquisa.

O foco aqui são os mencionados litígios estruturais, mais ainda as hipóteses que contam com supervisão judicial da reforma institucional. Distanciam-se do cenário tradicional, em que se tem uma sentença final que “define o litígio”, coberta pelo “manto da coisa julgada”. Não se mira aqui a certeza pelo processo, mas a alteração de situações concretas que representam violações de direitos, em um contexto muito mais dinâmico.

Falar em caso estrutural não implica necessariamente uma ordem para que a reforma institucional seja realizada. Podem ser vários os cenários, e aqui foi escolhido um deles, aquele

³ Essa, a rigor, não é uma reivindicação nova, mas ainda não completamente atendida – talvez longe disso.

⁴ “Casos estruturais” e “litígios estruturais” são aqui sinônimos.

em que há a tendência de prolongamento do processo para supervisão das alterações estruturais necessárias. Ou seja, a reflexão é direcionada às situações em que decisões declaratórias, constitutivas ou até mesmo ordens pontuais (proibindo ou impondo uma conduta específica) são insuficientes. O processo contará não com uma sentença que o encerra ou que põe fim à fase de conhecimento, mas com inúmeras decisões – *ciclos de decisões*⁵ ou *provimentos em cascata*⁶. Porém, esse encadeamento não é de decisões como produto da atividade isolada do juiz (regulação centralizada), e sequer, a rigor, é necessário que haja – muito pelo contrário – alguma decisão judicial para que se operem as modificações estruturais, dada a possibilidade de negociação entre os interessados.

O estudo não foi feito à luz de uma eventual necessidade de alteração legislativa ou pressupondo sua indispensabilidade para ter-se um outro processo coletivo. O que se busca é um processo coletivo-estrutural *funcional*, capaz de responder às necessidades dos casos estruturais, a partir de uma perspectiva pragmática. Para abarcar situações concretas que exigem uma (re)construção constante é inviável o emprego de um procedimento preestabelecido ou de técnicas processuais pensadas para outros tipos de litígios. A propósito, por mais que sejam utilizadas no decorrer dos capítulos conceitos clássicos do processo civil, eles ganham aqui, no mínimo, outro sentido, servindo apenas de referencial, até que o processo coletivo tenha seu vocabulário próprio.

Ademais, outra opção metodológica foi o uso, embora não de maneira exclusiva, da experiência estadunidense, inclusive considerando a origem das *structural injunctions* e o material lá já produzido em relação à atuação jurisdicional estrutural. Esse fenômeno não se restringe aos EUA – e mesmo lá encontra diferentes interpretações –, mas isso se mostrou suficiente, ao menos nesta primeira aproximação.

Finalmente, quanto à sua própria estrutura, esta dissertação foi dividida em duas partes. Na primeira, trabalha-se com três razões para essa outra forma de atuação jurisdicional ser pensada. São três os eixos que servem de premissas e sustentam a necessidade de um outro processo. Primeiramente, do ponto de vista material, trata-se, na linha do que já foi exposto, da conformação dos casos como estruturais e de suas características, que os afastam da lógica bipolar. Depois, questiona-se a atual prática judiciária, em que os casos em regra não ganham a configuração estrutural, mas bipolarizada, conquanto os problemas estruturais não sejam

⁵ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 36.

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 05 dez. 2014, p. 12.

simplesmente afastáveis do Judiciário. Por fim, analisam-se críticas no sentido de que faltaria capacidade institucional ao Judiciário para lidar com tais problemas, procurando demonstrar a relação de algumas daquelas com o modelo processual clássico, estruturado de maneira bipolarizada, de modo que, com um outro processo, parte dos obstáculos pode ser superada ou ao menos atenuada.

Na segunda parte, passa-se à indicação de elementos e técnicas que parecem necessários a essa outra forma de atuação jurisdicional, para a construção de um processo coletivo-estrutural. A divisão é, igualmente, em três capítulos. No primeiro, traz-se, mais detidamente, um pouco da experiência estadunidense das reformas estruturais. Trabalha-se com a diferenciação entre duas perspectivas, do comando-e-controle e do experimentalismo, especificamente este na linha proposta por Charles F. Sabel e William H. Simon, para, a partir disso, indicar os potenciais elementos do processo coletivo-estrutural, de viés experimentalista. Adentrando o campo das técnicas processuais, a temática do capítulo seguinte é a necessidade de flexibilização processual e gerenciamento procedimental. O último, por sua vez, aborda a relação entre conhecimento e execução no processo coletivo-estrutural e seu reflexo sobre a coisa julgada.

PARTE I
RAZÕES PARA CONSTRUIR UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

CAPÍTULO 1

RECLAMOS DO PLANO MATERIAL POR OUTRA FORMA DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL: *Da lógica bipolar aos casos estruturais*

Para Giuseppe Chiovenda, “o processo civil [...] se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu)”.⁷ Também, Leo Rosenberg já anotava que, como regra, o processo “pressupõe **duas partes**, das quais uma solicita tutela jurídica *contra* a outra: o chamado *princípio da dualidade de partes*”.⁸

Essas passagens servem para ilustrar a noção bipolarizada que se costuma ter do processo (bem como do conflito).⁹⁻¹⁰ Embora essa lógica até possa ser empregada em diversas ocasiões (mas não sem uma simplificação) – como quando o credor exerce sua pretensão para que o devedor pague a dívida ou entregue a coisa acordada –, ela não esgota a configuração das situações com que o juiz se depara. Até mesmo quando o litígio é posto entre duas partes específicas, muitas vezes ele não pode ser entendido como entre dois polos, sem grande repercussão para terceiros.

Vale imaginar algumas hipóteses.

Quando alguém propõe demanda contra a União, um estado ou um município, pretendendo a obtenção de um tratamento médico ou o fornecimento de determinado medicamento, é possível afirmar simplesmente que há, de um lado, o direito ou a pretensão do cidadão de obter a prestação de cuidado à saúde e, de outro, o correlato dever ou obrigação do Estado? E se uma mulher grávida que está presa pede que lhe seja disponibilizado o acompanhamento pré-natal, não oferecido no estabelecimento prisional em que se encontra?

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 5.

⁸ Citação completa e no original: “Todo proceso (con excepción de los procedimientos de interdicción y de editos públicos) presupone **dos partes**, de las cuales la una solicita tutela jurídica *contra* la otra: el llamado *principio de dualidad de partes*” (ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. V. 1. Buenos Aires: E. J. E. A., 1955, p. 217, grifado no original). Sobre a questão de ser *frente* ou *contra* a outra parte, para Chiovenda, v. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 235.

⁹ A propósito, sobre a influência da doutrina italiana, em especial Chiovenda, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 484.

¹⁰ Mesmo a atribuição de escopo público não afeta a bipolarização e o acento individualista do processo civil clássico. V. ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 05 dez. 2014, p. 1-5.

Ainda, e se um empregado ajuíza uma reclamatória trabalhista em razão de generalizadas conduta discriminatória do empregador ou jornada de trabalho alongada para além das horas extras? O que dizer, também, em um caso em que diversos entes ou órgãos públicos e empresas são demandados em decorrência de uma degradação ambiental prolongada? Por fim, e quando o processo envolve o descumprimento contínuo de um contrato de concessão ou alguma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a respeito de uma operação econômica já consolidada desfavorável à livre concorrência ou sobre outras práticas reiteradas nocivas à ordem econômica?

Em alguns dos exemplos acima cogitados, como no da prisão ou da saúde, poderia até ser pensado que, havendo de um lado o cidadão e de outro o Estado, ainda se estaria diante de uma disputa que se enquadra na lógica bipolar, em que os efeitos da decisão judicial importam sobretudo aos litigantes. Porém, isso poderia – se é que é realmente possível – ser argumentado na hipótese de ser uma falha pontual, isto é, se há uma política pública, mas por alguma razão específica não se está conseguindo efetivá-la em relação a determinada pessoa. Seria nesse caso, então, possível identificar eventuais causas ou sujeitos responsáveis pelo entrave no atendimento devido e corrigir a situação (ou reparar eventual dano, se existente). Aí, sequer a atuação do Judiciário seria objeto de maiores questionamentos. Também, em relação à demanda do empregado contra seu empregador, muitos questionariam: qual o equívoco em tratar-se a disputa específica entre *dois privados* na linha de como vem sendo tratada? Não bastaria a proteção do trabalhador no processo individual por meio da atuação ativa do juiz e da utilização de técnicas processuais mais efetivas?

Porém, pode ocorrer que não se trate de condutas isoladas, mas de problemas estruturais. Quando se verifica que há por trás uma falha de maior dimensão, havendo padrões institucionais que levam ao mesmo tipo de violação de direitos, ou que o litígio envolve interesses imbricados de diferentes pessoas e grupos (e, às vezes, com a dificuldade de saber-se qual é o interesse de cada grupo), o cenário é mais complexo do que pode parecer.

No caso do meio ambiente, os litígios tampouco se encaixam adequadamente na forma bipolarizada. Não simplesmente porque pode estar em jogo o direito coletivo¹¹ a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas por envolver vários centros de interesses não facilmente conciliáveis, que, em uma comunidade em que se reconhece e se valoriza a pluralidade, devem ser levados em consideração. Nessa linha, para exemplificar, há construções

¹¹ Ou especificamente “difuso”, na classificação trinária operada pelo Código de Defesa do Consumidor e por parte da doutrina.

como a de José Joaquim Gomes Canotilho, afirmando que o campo ambiental seria marcado por “relações jurídicas poligonais” (ou multipolares), ou seja, relações que não são binárias: ao lado dos particulares (um particular ou um conjunto deles), há um complexo multipolar de interesses diferentes, que podem ser até contrapostos.¹²

Vistos a partir de uma perspectiva macro, os conflitos e as questões que essas hipóteses exemplificativas levantadas podem envolver não são simples. As violações de direitos podem resultar de práticas e dinâmicas de determinada instituição (violações estruturais) e, mais genericamente, contemplar uma pluralidade de polos de interesses que não podem ser simplesmente ignorados, interesses estes que se encontram imbricados (situações policêntricas).

Assim, visualizar esse tipo de situação por lentes individuais e bipolarizantes é bastante problemático, seja porque se acaba não percebendo que não basta a adoção de uma medida particularizada (e muitas vezes paliativa), sendo necessário eliminar as próprias causas, seja porque a resposta que se dá no nível individual – ou mesmo coletivo – pode afetar os demais interesses em jogo, e não considerá-los pode trazer consequências ainda mais graves. Em outros termos, tutela jurisdicional realmente efetiva não será alcançada se essas situações forem conformadas judicialmente como casos bipolares.

É nesse sentido que se põe a primeira razão para repensar o modelo processual clássico, premissa estudada neste capítulo. A outra conformação que as situações materiais devem ganhar é aqui defendida como a de *casos estruturais* – que não são litígios individuais nem bipolarizados –,¹³ conformação esta que deve ter reflexos na estruturação do processo, com a

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, n. 1, p. 55-66, jun. 1994, p. 55-56. Seriam características das relações poligonais: “(1) - programação legal relativamente tênue; (2) - complexidade de situações e tarefa de avaliação de riscos apelativos de conhecimentos técnicos-científicos; (3) - pluralização e interpretação de interesses públicos e privados; (4) - legitimidade de intervenção dos interessados no acto procedimental praticado pela administração” (Ibid., p. 57). Poderia ser questionada a viabilidade da noção de relação jurídica, especificamente se realmente haveria uma única relação jurídica com diversos polos, mas a ideia vale para demonstrar a complexidade desse tipo de problema, complexidade que pode ser exemplificada com hipótese não estranha à realidade brasileira. Imagine-se a construção de uma hidrelétrica em determinada região do país – são vários os interesses envolvidos. Para citar alguns: dos moradores locais, que podem ser populações tradicionais, da proteção do meio ambiente ou de algum patrimônio nacional, do desenvolvimento econômico, dos usuários de energia elétrica e das empresas geradoras ou distribuidores de tal energia.

¹³ Como indicado na introdução do trabalho, não há pretensão de trazer uma definição do que seriam esses casos estruturais, mas indicar características (v. item 1.2), especialmente a policentria – que se evidencia pela imbricação de interesses que envolvem (v. item 1.1) –, características tais que demonstram a inviabilidade de compreender-se o conflito como bilateral e conferir-lhe tratamento bipolarizado. Há autores que definem esses casos estruturais, por exemplo, como “judicial proceedings that (1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural injunctive remedies, i.e., enforcement orders whereby courts instruct various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case”

adoção de técnicas processuais adequadas às características desses casos, como é desenvolvido na parte II deste trabalho.¹⁴

Para deixar mais clara a necessidade de configuração estrutural do litígio, adiante é trabalhada a noção de problemas policêntricos, em que se encaixam os problemas estruturais que implicam vulneração de direitos.

1.1 Problemas policêntricos

O processo deve levar em conta o tipo de problema com que está lidando, sob pena de ser totalmente inefetivo ou, pior, causar distorções, gerando “efeitos colaterais” indesejáveis (e às vezes mais sérios do que o que se pretende “tratar” ou “curar”). É preciso, portanto, saber quais são, em linhas gerais, seus traços, de modo a ser depois possível conceber qual seria a forma de atuação jurisdicional a elas adequada. Afinal, a ideia de adequação é relativa, ou seja, se algo se ajusta, ajusta-se *a alguma coisa*. Nesse sentido, aliás, é que o desenho de um processo de procedimento único (e ordinário) não passa de uma ilusão como mecanismo de concessão de tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, precisamente porque desconsidera as particularidades das diferentes situações materiais.¹⁵

Além do mais, por muitas vezes não perceber-se a dimensão do problema, não há preocupação em verificar quais seriam as implicações da decisão, tampouco o resultado é (ao menos global ou *proporcionalmente*) marcado pela efetividade. Não o é *proporcionalmente*, porque, ainda que em um caso individual a pessoa possa ter realmente satisfeitas suas necessidades, na perspectiva macro não haverá solução para o problema.

(RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1.669-1.698, 2011, p. 1.671). Em sentido diverso, com foco na imbricação de interesses, v. PUGA, Mariela G. **Litígio Estructural**. 2013. 329p (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 13 e ss. Aqui, como também ganha relevo a imbricação de interesses como marca dos problemas estruturais e assim dos litígios conformados da mesma maneira, embora a caracterização de Rodríguez-Garavito possa corresponder à configuração de diversos casos estruturais – aproximando-se, inclusive, da noção de violações estruturais de direitos envolvendo burocracias estatais (v. item 1.1.2) –, a expressão pode abranger outras situações. Por fim, convém anotar que se disse que esses casos estruturais não são litígios individuais *nem bipolarizados* – diante do que se poderia questionar se isso não seria um pleonismo, já que os individuais contam, ao menos em regra, com a bipolarização –, pois mesmo casos coletivos podem ser compreendidos dentro da lógica bipolar, seja por considerar-se que existem apenas dois polos relevantes no conflito, seja por esses polos serem compreendidos como unidades (ignorando, por exemplo, divergências internas a determinado grupo).

¹⁴ Sobre as técnicas, v. especialmente os capítulos 5 e 6.

¹⁵ V. MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., parte IV.

Imagine-se que são questionadas as condições do encarceramento de uma pessoa, com a impetração de um *habeas corpus*, afirmando-se que sua permanência na prisão representaria violação da Constituição por impor-lhe tratamento desumano. Na hipótese de a ordem ser concedida, determinando-se, por exemplo, que ela seja transferida para uma cela especial, melhor equipada, no mesmo ou em outro estabelecimento, ou, ainda, que seja solta, é viável a conclusão de que para a pessoa específica o remédio seria efetivo. Porém, será que o mesmo pode ser dito em relação a todas as demais pessoas que permanecem e permanecerão em condições degradantes?

Essa “inefetividade global” ligada à desconsideração do caráter estrutural do problema tem duas dimensões. Uma delas é a do exemplo, em que a preocupação é resolver o caso individual, sem atacar as causas, que continuam existindo e implicando a violação de direitos.¹⁶ Outra é que isso pode agravar o problema, em razão daqueles “efeitos colaterais”. Para compreender melhor essas hipóteses, trabalha-se, na sequência, com as ideias de policentria e violação estrutural de direitos.

1.1.1 Policentria

As diversas menções à policentria no campo do processo judicial referem-se especialmente aos escritos de Lon Fuller.¹⁷ Fuller ocupou-se dessa noção sem, porém, trazer uma definição do que seria uma tarefa ou um problema policêntrico.¹⁸ Diferentemente, trabalhou com exemplos e também com exclusões, isto é, o que não seria necessário para caracterizá-los como policêntricos.

Dois dos exemplos envolvem a escalação de um time de futebol e a determinação de preços. A alteração do preço pode ter diversas repercussões no cenário econômico, inclusive em relação à demanda do próprio produto e à de outros relacionados, além de poderem variar conforme a diferença de preço empregada. Na hipótese esportiva, igualmente, a determinação de

¹⁶ Ou seja, não se altera o contexto (*background*) em que a situação individual aconteceu, possibilitando a ocorrência de outras semelhantes. V. o item 1.1.2, abaixo.

¹⁷ Especialmente, ao trabalho de publicação póstuma “The Forms and Limits of Adjudication” (artigo publicado em 1978, enquanto escrito na década de 1950 – v. nota do editor no início). Todavia, não é somente neste que o autor faz referência aos problemas policêntricos e à relação deles com a atividade jurisdicional, v. FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. **Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting** (1921-1969), v. 54, abr. 1960. Ainda, vale anotar que, quando fala de *adjudication*, não tem em vista somente o processo judicial – v. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 354 e 386.

¹⁸ Fuller parte da noção de policentria trabalhada por POLANYI, Michael. **A lógica da liberdade**: reflexões e réplicas. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

que um jogador fique em certa posição afeta o leque de posições que podem ser ocupadas pelos demais.¹⁹

Quanto às exclusões,²⁰ os problemas policêntricos não estariam invariável ou simplesmente ligados (i) à complexidade daquilo que juízes e tribunais têm de decidir (mas no tipo de decisão, que pode ter diferentes repercussões), (ii) a uma multiplicidade de pessoas afetadas (poderiam surgir mesmo entre duas partes,²¹ e, por outro lado, não é porque envolvem muitas pessoas que seriam necessariamente policêntricos), embora possa haver uma tendência de que os afetados sejam muitos, (iii) a rápidas alterações no tempo, conquanto isso possa acontecer, ainda mais quando há muitos centros de interesses interconectados, ou (iv) a uma ausência de solução racional para os problemas (a peculiaridade, diferentemente, estaria no fato de a análise não poder ser fragmentada).²²

Fuller, assim, utiliza a ideia de policentria para caracterizar situações em que há diferentes pontos de influência que interagem entre si, de modo que uma alteração tem repercussões complexas e não necessariamente previsíveis.²³ A metáfora empregada por ele mesmo é a de uma teia de aranha: se algum dos fios é puxado, isso repercute na teia como um todo; ainda, se o puxão tem intensidade dobrada, não simplesmente as tensões se espalharão igualmente só que com intensidade também duplicada, mas haverá uma distribuição diferente das tensões. A situação é “‘policêntrica’ porque tem ‘muitos centros’ – cada cruzamento de fios é um centro de distribuição de tensões diferente”.²⁴ Aplicando isso no âmbito do processo

¹⁹ FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 394-395.

²⁰ Ibid., p. 397; Adjudication and the Rule of Law, ob. cit., p. 4.

²¹ O exemplo dado é a distribuição de obras de artes entre dois museus, v. FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 394.

²² “I am not asserting that polycentric problems are problems without rational solution. There are rational principles for building bridges of structural steel. But there is no rational principle which states, for example, that the angle between girder A and girder B must always be 45 degrees. This depends on the bridge as a whole. One cannot construct a bridge by conducting successive arguments on the angle of every pair of intersecting girders. One must deal with the whole structure at once.” (FULLER, L. L. Adjudication and the Rule of Law, ob. cit., p. 4).

²³ Fuller não traz uma definição, como indicado, mas há outros que o fazem. Por exemplo: “Polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem ‘centers,’ each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the other” (FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 645). Fletcher, ainda, faz uma diferenciação entre *legal* e *non-legal polycentricity*, quando há ou não centro de interesses juridicamente protegidos, ou seja, quando a disputa se baseia ou não em *legal rights*. Exemplifica com a hipótese de alocação de recursos: “So long as budgetary decisions are made without legal compulsion, the problem of allocation is polycentric in an entirely non-legal sense”, mas, à luz da finalidade da alocação, pode haver também um aspecto policêntrico jurídico – por exemplo, se visar-se à melhoria das condições carcerárias, em atendimento ao direito de não ser submetido a condições inconstitucionais de encarceramento (Ibid., p. 645-646). Ademais, aponta que, “to the extent that a judge is not bound by legal norms to choose one remedy over another, the remedial process is polycentric in an entirely non-legal sense” (Ibid., p. 646-647).

²⁴ No original: “This is a ‘polycentric’ situation because it is ‘many centered’ – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions” (FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 385).

judicial, uma decisão pode, então, figurar como uma dessas tensões que terá repercussão por toda a rede, afetando os pontos em que os fios (os diferentes interesses imbricados) se encontram.²⁵

Poderia ser cogitado que a noção de policentria, porém, é aqui inútil, seja porque a atividade jurisdicional já lida com casos que possuem aspectos policêntricos, seja porque a criação de normas públicas é quase sempre policêntrica, e isso aconteceria rotineiramente, por exemplo, com a formação dos precedentes.²⁶ O próprio Fuller reconhece que os precedentes têm um caráter policêntrico, na medida em que não é possível desde logo visualizar o seu impacto ou as suas repercussões.²⁷ Não obstante, indica que saber se um problema é policêntrico é mais uma questão de grau do que algo com contornos precisos.²⁸ Em outros termos, os casos judiciais envolveriam, a rigor, elementos policêntricos quase sempre, não sendo um questão de “preto ou branco” dizer se o problema é ou não policêntrico. A relevância estaria, então, em “saber quando os elementos policêntricos tornam-se tão relevantes e predominantes que os limites apropriados da atuação jurisdicional são alcançados” (considera o processo judicial inapropriado para com eles lidar, portanto).²⁹

A forma de encarar os problemas é que, desse modo, pressupõe relevância e preponderância de elementos policêntricos. Nesse sentido, cabe mencionar mais um dos exemplos trazidos por Fuller, o da ausência de passagens subterrâneas ao longo de uma ferrovia, ocasionando atropelamentos.³⁰ Quando a questão é debatida no âmbito de um litígio individual, poderia, por exemplo, a concessionária responsável pela manutenção da estrada ser responsabilizada pelo atropelamento específico em um trecho sem a passarela de pedestres. No entanto, pensando na rodovia como um todo, é possível concluir pela inviabilidade de existência de passarela por toda ela ou em trechos muito próximos.³¹ A perspectiva, como se nota, é outra.

²⁵ PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 21.

²⁶ V., p. e., FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 43.

²⁷ Especificamente quanto aos precedentes: “If judicial precedents are liberally interpreted and are subject to reformulation and clarification as problems not originally foreseen arise, the judicial process as a whole is enabled to absorb these covert polycentric elements. By considering the process of decision as a collaborative one projected through time, an accommodation of legal doctrine to the complex aspects of a problem can be made as these aspects reveal themselves in successive cases. On the other hand, if a strict or ‘literal’ interpretation is made of precedents, the limits of adjudication must perforce be more strictly drawn, for its power of accommodation has been reduced” (FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 398).

²⁸ Ibid., p. 397-398.

²⁹ No original: “It is a question of knowing when the polycentric elements have become so significant and predominant that the proper limits of adjudication have been reached” (FULLER, L. L. Adjudication and the Rule of Law, ob. cit., p. 398).

³⁰ FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 397-398.

³¹ E Fuller pontua que “[t]here may be nothing to distinguish this crossing from other crossings on the line. As a matter of statistical probability it may be clear that constructing under passes along the whole line would cost more

É uma visão macro do problema e que não raro leva a conclusões diversas da adotada na esfera individual, justamente por acrescentar à análise elementos que poderiam ser considerados impertinentes em um caso singular.

Essas duas perspectivas também são encontradas em uma das hipóteses já cogitadas no início deste capítulo – a das demandas relacionadas ao direito à proteção da saúde, para fornecimento de tratamentos médicos ou medicamentos. Nos casos individuais, o litígio é conformado de uma maneira. Quando olhada a situação em uma escala menor, isto é, a partir de um ponto de vista macro,³² apresenta outros contornos. A análise de uma política pública como um todo, por exemplo, pode levar à conclusão de que não é devida a entrega isolada de um remédio ou de que não é possível que a pessoa faça um transplante imediatamente (porque estaria “furando a fila”, ou por outra razão).

Nessa linha, mostra-se pertinente a ideia de que “a policentria é uma forma de explicação ou significação dos acontecimentos que assume a complexidade deles”.³³ Apesar de ser possível visualizar elementos policêntricos ou “graus de policentria” em praticamente todo caso submetido à apreciação do Judiciário, a ideia é útil, assim, para, por um lado, demonstrar a complexidade que os problemas estruturais apresentam; e, por outro, indicar a necessidade de que sejam no campo processual conformados como casos estruturais, não simplesmente como individuais ou coletivos bipolarizados. Veja-se que a análise das questões não deve ser feita de maneira fragmentada, pois isso pode acabar gerando, aí sim, irracionalidades. Os casos estruturais contam, então, com aspectos policêntricos que se sobrepõem aos individuais e têm significativa relevância para que possam ser manejados de maneira adequada.³⁴⁻³⁵

lives (through accidents in blasting, for example) than would be lost if the only safety measure were the familiar ‘Stop, Look & Listen’ sign” (Ibid., p. 398).

³² Quanto menor a escala, maior a redução aplicada e, nesse sentido, maior o campo visualizado.

³³ No original: “La policentría es una forma de explicación o significación de los acontecimientos que asume la complejidad de éstos” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 5).

³⁴ Mariela Puga coloca nestes termos a conformação policêntrica-estrutural do litígio: “Se trata de que al racionalizar las pretensiones individuales como partes de un todo (el puente), las pretensiones del reclamante pierden su preponderancia o prelación en la definición del conflicto. Así, cuando la controversia judicial se define de esta manera - a partir de un todo que no depende del interés o perspectiva de las partes -, es cuando advertimos que un caso judicial tiene una fisonomía *policéntrica* y, por tanto, estaremos ante las condiciones que son propias de lo que aquí estipulamos como litigio estructural” (Ibid., p. 22). No presente trabalho, os casos estruturais são necessariamente coletivos, de modo que a pretensão individual tem lugar somente nas hipóteses de direitos individuais tutelados coletivamente (ou seja, não na de direitos “essencialmente coletivos”). Em razão do problema estrutural que envolvem – policêntrico e complexo –, a análise não pode ser feita isoladamente; pelo contrário, deve ser do conjunto e do contexto.

³⁵ Para reforçar o que foi dito neste parágrafo basta lembrar dos procedimentos concursais. Veja-se que, na falência, está-se diante de um caso de “alto grau de policentria”, sendo essa certamente um dos motivos pelos quais a satisfação dos créditos é pensada de forma conjunta (os valores direcionadas a um dos credores afetam o que sobra para os demais).

1.1.2 Violações estruturais de direitos

Para Owen Fiss, a atuação jurisdicional ganhou novos contornos – mais especificamente, outra *forma* – com a alteração da realidade social, marcada pela existência de organizações burocráticas.³⁶ Nesse contexto, parte das violações de direitos, especialmente direitos constitucionais, não decorre de atos isolados, mas é resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais (caráter estrutural ou sistêmico),³⁷ hipótese esta que é de especial relevância para o processo coletivo-estrutural, dentro do universo dos problemas complexos e policêntricos. São violações de direitos ligadas a problemas estruturais, aqui especificamente compreendidas como violações estruturais de direitos, que, para cessarem, exigem reformas institucionais, na estrutura, não medidas pontuais ou que só trabalhem com fatos isolados, que são antes consequência do que causa.

As características dessas violações, configuradas judicialmente como *casos estruturais* (nem individuais nem bipolarizados, portanto), podem, de modo geral, ser sintetizadas nos pontos abaixo, na sequência brevemente desenvolvidos:³⁸

1. As violações de direitos não são pontuais e isoladas – são dinâmicas e estão em curso;
2. Há alteração da estrutura das partes, de modo que o infrator põe-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos;
3. O foco da preocupação quando se está pensando nesse tipo de violação não são as condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto (*background*) em que acontecem;
4. Não ganha relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essa espécie de violação de direitos;

³⁶ FISS, Owen M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 36 (“What has changed is social structure, the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations, and it is these changes in social structure that account for the changes over time in adjudicatory forms”). Fiss centra sua preocupação nas burocracias *estatais*. No presente trabalho, porém, as violações estruturais podem dizer respeito também a outras organizações.

³⁷ E, conforme Fiss, as instituições podem ser as mais variadas, incluindo, por exemplo, “motherhood, the market, or the sexuality itself”, também sujeitas a reformas estruturais (FISS, Owen M. Coda. **University of Toronto Law Journal**, v. 244, p. 229-244, 1988, p. 232). Para ele, “the social reality we know is constructed and maintained not on the basis of particular transactions, but through social networks and institutions” (Ibid., p. 237).

³⁸ Em parte, utiliza-se a sistematização feita por SHARP, Naomi. **Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform**. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá, que, por sua vez, baseia-se sobretudo nos trabalhos de Owen Fiss, como de modo geral feito aqui. De qualquer maneira, essas características têm também aplicação a outros casos estruturais que não se encaixam propriamente nas violações ligadas a burocracias estatais, que são o foco de Fiss, como registrado em nota anterior.

5. De modo geral, existe uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições (frequentemente caracterizada por dependência ou compulsoriedade);
6. A causalidade é complexa, não havendo um “*natural stopping point*” na análise de suas causas.

Embora até possam ser identificadas uma pessoa que tenha praticado determinada conduta e outra que tenha suportado o resultado, a perspectiva a ser adotada é outra (na linha da exposição anterior), justamente porque o acontecimento não se põe, nas violações estruturais, como um fato pontual. A partir do ponto de vista coletivo, por um lado, os direitos não são desrespeitados por *condutas isoladas*, e, por outro, os direitos violados não são de *indivíduos específicos*; é diversa a configuração tanto das vítimas como dos violadores. Aquelas são, mais propriamente, um grupo ou um conjunto indefinido de indivíduos,³⁹ e o infrator tende a abstratizar-se.⁴⁰

A própria ideia de *violação*, se empregada, adquire outros contornos. Não é retrospectiva e pontual (nem atribuível propriamente a um infrator específico, como indicado). É prospectiva, dinâmica e sistêmica.⁴¹ Desse modo, a preocupação não é com eventos do passado, o que seria até mesmo inviável, uma vez que estão em curso e focar somente no que já aconteceu não traz elementos necessários e suficientes para empreender uma reforma da instituição que está em desacordo, por exemplo, com a Constituição.⁴²

A identificação desse gênero de violação de direitos, assim, não se faz com base na procura de intenções, motivações ou condutas individualizadas, mas no *resultado* de um conjunto de fatores.⁴³ Diferentes atos, práticas, políticas e omissões, que em si mesmos podem

³⁹ Em razão disso Fiss chega a colocar que as vítimas são entidades sociológicas, como no caso em que se procura proteger as mulheres como grupo social (FISS, O. M. Coda, ob. cit., p. 237).

⁴⁰ V. FISS, Owen M. Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, p. 626-646, 1981, p. 641, nota de rodapé omitida. Por exemplo, referindo-se aos casos de reforma das prisões nos EUA, em que, embora formalmente possam ser indicados como réus os responsáveis por elas e aqueles cujos esforços seriam necessários para mudar o cenário de condições degradantes, afirma que seria uma ficção entendê-los como o infrator; “the ‘defendant’ on trial has become the prison system itself” (Ibid., p. 642, nota de rodapé omitida). Sobre as características das partes nos litígios estruturais, v. FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 18-24.

⁴¹ Ibid., p. 47-48.

⁴² “From the perspective of certain remedies, such as damage judgments and criminal sanctions, this conclusion may seem startling. Those remedies are retrospective in the sense that a necessary condition for each is a past wrong; they require some evaluative judgment as to the wrongfulness of the defendant’s conduct in terms of preexisting norms. But the remedy at issue in a structural case is the injunction, and it does not require a judgment about wrongdoing, future or past. The structural suit seeks to eradicate an ongoing threat to our constitutional values” (Ibid., p. 23).

⁴³ SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations...**, ob. cit., p. 19.

não configurar um ilícito ou ter consequências específicas previstas no ordenamento jurídico, combinam-se e conformam a violação estrutural.⁴⁴

É necessário, para conferir o tratamento adequado, que o objeto da análise (e alvo de possíveis soluções) seja apreendido de modo compatível com a sua amplitude, isto é, que se faça uma “macroanálise” (não “microanálise”, no sentido de exame de uma situação específica isoladamente). Nessa outra perspectiva, então, o foco, pontua Fiss, está na *condição social* afetada pelas organizações de alta escala (que podem criar ou perpetuar – e, acrescente-se, agravar – tal condição), já que não se trata de uma ocorrência ou acontecimento pontual, apesar de os episódios individuais poderem servir de indícios da existência de um padrão de prática ilícita.⁴⁵ Exemplificando, o sujeito *x* pode ter sido vítima de um tratamento abusivo por um policial *y*, mas, havendo um conjunto de práticas e dinâmicas da instituição policial como um todo que levam a essa situação, há um distanciamento do evento particular (olhando para além dele, mesmo que a partir dele).⁴⁶

No sentido da mencionada *macroanálise*, não é feito o exame de atos ou decisões individuais à luz das condições de fundo, consideradas fixas, mas das próprias condições, isto é, do próprio contexto (*background*).⁴⁷ Assim, para saber se a violação de direitos está acontecendo, é insuficiente analisar um ato ou decisão isolado e ver se ele tem fundamento considerando a estrutura em que se insere. É o próprio sistema que tem sua conformidade com o

⁴⁴ Ibid., p. 26 (“Wrongfulness arises out of the system itself rather than individual decisions”). Saber se esses componentes que conformam a violação estrutural de direitos configuram, isoladamente, um ilícito ou se por si sós podem trazer alguma consequência jurídica depende do direito material em questão. Para mencionar um exemplo, tem-se o Recurso Extraordinário 580.252, em que se discute a responsabilidade civil do Estado em decorrência de condições carcerárias degradantes, diante das quais se podem adotar as duas diferentes perspectivas de análise, micro (individual) e macro (coletiva). No RE, especificamente, a discussão é feita na primeira linha, pondo em questão se seria devida a indenização por dano extrapatrimonial ao sujeito exposto a tais condições. Já na perspectiva coletiva, o foco seriam as próprias condições e a necessidade de alteração desse cenário. Sobre a problemática, v. também a n. 155, abaixo. Ainda, uma relação análoga entre o conjunto e seus componentes pode ser encontrada em Fábio Konder Comparato, ao tratar de políticas públicas: “De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 45)

⁴⁵ V. FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 18.

⁴⁶ “The concept of wrongdoer is highly individualistic. It presupposes personal qualities: the capacity to have an intention and to choose. Paradigmatically, a wrongdoer is one who intentionally inflicts harm in violation of an established norm. In the structural context, there may be individual wrongdoers, the police officer who hits the citizen, the principal who turns away the black child at the schoolhouse door, the prison guard who abuses the inmate; they are not, however, the target of the suit. The focus is on a social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the bureaucratic dynamics that produce that condition.” (Ibid., p. 22)

⁴⁷ FISS, O. M. *Complex Enforcement*, ob. cit., p. 640.

direito verificada, e, se a verificação for negativa, devem ser feitas as alterações estruturais necessárias.⁴⁸ Tudo isso afeta a causalidade da violação, então complexa, envolvendo diversas causas e, mais ainda, podendo a averiguação de uma levar ao conhecimento de outra, conforme se prossegue na análise.⁴⁹

Ainda, não sendo as fontes das violações acontecimentos episódicos, mas *estruturais*, são ainda mais sérias se existe uma relação de dependência ou compulsoriedade do titular do direito em relação às instituições (como no caso da saúde e da prisão, respectivamente). Em tal hipótese, sequer há a possibilidade de escolher não utilizar o serviço para não mais ter seus direitos violados.⁵⁰

Nota-se, portanto, que essas violações estruturais, assim como outros problemas policêntricos, não se encaixam adequadamente na lógica bilateral. Elas devem não apenas ter lugar como *casos estruturais*, mas também, enquanto tais, precisam ser compreendidas a partir de uma outra racionalidade. É o que se passa a ver.

1.2 Exigência de outra racionalidade

Conformados problemas estruturais como casos estruturais, eles apresentam certas características que impõem o emprego de lógica diversa da bipolar. São potenciais aspectos desse tipo de litígio, isto é, não necessariamente todos se põem sempre na mesma extensão, variando conforme o direito material e as circunstâncias concretas. Evidenciam o distanciamento, de um modo ou de outro, dos litígios bipolarizados, ainda que relativos à mesma problemática.

As características aqui abordadas são: causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação.

⁴⁸ Diferentemente, na análise de práticas isoladamente, o *background*, servindo de parâmetro, não de alvo, permanece intocável, como indica Fiss (Ibid., p. 629). Nesse sentido, também, é que foi dito antes que tratar problemas estruturais como casos bipolares é inefetivo do ponto de vista global.

⁴⁹ No contexto prisional, por exemplo, entre os diferentes fatores podem estar “the prevailing callous indifference of officials, inadequate funding by the political system and, ultimately, society’s anachronistic vision of the proper treatment of convicts” (FISS, O. M. Complex Enforcement, ob. cit., p. 641). Na busca dessas e de outras causas é que não há um “*natural stopping point*”: “[...] complex enforcement propels courts to search for and eliminate the causes of unconstitutional conditions. As obvious causes reveal deeper deficiencies, the area subject to judicial inquiry steadily widens. Yet there is no natural ‘stopping point’ if prevention is to be complete.” (Ibid., p. 636). Sobre a causalidade, v., ainda, o item abaixo 1.2.1.

⁵⁰ SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations...**, ob. cit., p. 2. Nesse sentido, o juiz não teria a opção de simplesmente romper a relação entre os indivíduos e as instituições, como lembram Yeazell e Eisenberg, devendo então implementar remédios prolongados e complexos (EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/698/>>. Acesso em: 20 nov. 2014, p. 512).

1.2.1 Causalidade complexa

Inicialmente, tem-se que a causalidade nesses litígios é diversa da que se poderia cogitar, por exemplo, em um conflito entre A e B acerca de danos decorrentes de um acidente de trânsito. Não que a causalidade seja sempre simples ou não traga discussões em casos individuais como esse, mas certamente é diversa nos estruturais. Uma das razões é que a atenção não está voltada a incidentes passados específicos.⁵¹ É evidente a diferença em relação a esta sequência que se costuma conferir ao processo: algo ocorre, há produção de prova a respeito, é feita uma discussão e, então, a decisão do juiz é proferida, havendo, eventualmente, sua efetivação.

Não se ignora que nem todo processo, mesmo individual, seja retrospectivo, existindo formas de tutela focadas no futuro – as preventivas, especialmente a inibitória,⁵² para cuja concessão não faz sentido focar em eventos históricos pontuais, a não ser como indicativos, por exemplo, de que a conduta tende a ser repetida. Não obstante esteja prevista no ordenamento e seja indispensável para uma efetiva proteção de direitos, a tutela inibitória enfrenta dificuldades para ser concedida adequadamente, e uma das razões é justamente essa lógica voltada ao passado geralmente empregada (e impregnada?), haja vista as repercussões no campo probatório.

Nesse cenário, um dos obstáculos colocados ao raciocínio causal usualmente empregado no processo (que de modo geral é retrospectivo, levando em consideração condutas pontuais passadas) é que as causas de um problema estrutural são diversas, assim como múltiplas serão as soluções possíveis e as consequências de determinada “tensão” na configuração policêntrica.

Pense-se na hipótese de violação estrutural de direitos, que se dá como resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais. Não há individualização de uma conduta como causa na perspectiva macro, até porque, se analisada isoladamente, pode ser considerada lícita, embora o conjunto viole direitos.⁵³ Como afirma Mariela Puga, “o juízo causal estrutural

⁵¹ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, mai. 1976, p. 1.296. “The dispute-resolution model presupposes a social world that is essentially harmonious. A set of norms confers rights and duties upon individuals. Individuals make arrangements within those norms, but sometimes incidents occur that disturb the harmony. [...] The focus of the evidentiary inquiry will be the incident.” (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 18).

⁵² V. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, *passim*.

⁵³ Como exemplo da complexidade – além do que é, na sequência, exposto no texto –, podem mencionar-se os casos envolvendo a segregação racial nas escolas públicas estadunidenses: “It is difficult to tell the genesis of racial imbalance in a school system. Was it discrimination over the years? Private choices unrelated to governmental action? Some mixture?” (EASTERBROOK, Frank H. Civil Rights and Remedies. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 14, n. 1, p. 103-111, 1991, p. 104). “The courts will usually be assessing the cumulative effects of the discriminatory actions of individuals and institutions over a considerable period of time. The path of consequences will usually be complex and will include many interactive effects. Moreover, the court must sort out

privilegia a consideração acerca da maneira como certos fatos complexos (imbricados) resultam na fonte da vulneração de direitos ou constituem eles mesmos uma violação de direitos, relegando-se a um segundo plano considerações relativas a como as condutas humanas distinguíveis causam, produzem, ou contribuem de forma particularizada à configuração desses fatos”.⁵⁴

No sentido do exposto no subitem anterior, as violações estruturais de direitos contam com uma abstrativização da figura do agente da prática ilícita (globalmente considerada), e, mais do que isso, considerando que não se trata de algo pontual e marcado no tempo, mas de uma condição que acaba por perdurar, torna-se difícil ponderar a contribuição de cada sujeito envolvido. O importante passa a ser não tanto o sujeito A ou B que praticou a conduta, mas o ilícito ou o dano em si (foco no resultado).⁵⁵

Para esclarecer o significado disso, oportuno ir para o campo dos exemplos concretos.

A Corte Suprema de Justiça da Nação, da Argentina, em 2008, julgou o caso *Mendoza*, ação coletiva relativa à deterioração ambiental da bacia Matanza-Riachuelo.⁵⁶ Englobava, a princípio, também a reparação de danos individuais, mas as demandas individuais foram excluídas do processo pelo tribunal em decisão de 2006, uma vez que não estariam abrangidas pela sua competência originária, apenas aquela ligada ao direito coletivo de proteção do meio ambiente.⁵⁷ Como demandados foram inicialmente indicados o Estado Nacional, a Província de

those conditions caused by factors unrelated to discrimination.” (GEWIRTZ, Paul. Choice in the Transition: School Desegregation and the Corrective Ideal. *Columbia Law Review*, v. 86, p. 728-798, 1986, p. 784). Quanto à ilicitude do conjunto ou dos componentes, v. ressalva na n. 44, acima.

⁵⁴ No original: “[...] el juicio causal estructural privilegia la consideración en torno a la manera en que ciertos hechos complejos (imbricados) resultan la fuente de la vulneración de derechos o constituyen ellos mismos una violación de derechos, relegándose a un segundo plano consideraciones relativas a cómo las conductas humanas distinguibles causan, producen, o contribuyen de forma particularizada a la configuración de esos hechos.” (PUGA, M. G. *Litigio Estructural*, ob. cit., p. 29, de modo que poderia haver situações de violações de direitos sem um “sujeito causante” ou em que o sujeito tem relevância secundária).

⁵⁵ Ibid., p. 30.

⁵⁶ *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental Rio Matanza-Riachuelo)*. CSJN, M.1569. XL. Informações disponíveis em: <<http://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>>.

⁵⁷ Vale registrar que o caso já é altamente complexo e não traz para o processo toda a problemática, como se percebe por esta cisão do que seria decidido pela corte: “Sucede que, además del daño al medio ambiente (bien tutelado por la Constitución Nacional en su art. 41 desde la reforma de 1994), es posible advertir que el conflicto involucra cuestiones relacionadas con infraestructura sanitaria, salud, vivienda, trabajo y navegabilidad, entre otras. Para poder tomar real dimensión del asunto vale la pena detenerse por un momento en algunos números. La Cuenca Matanza-Riachuelo tiene 64 km. de largo y 35 km. de ancho, alcanzando una superficie total de aproximadamente 2.250 km. cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente un 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carecen de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable, y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río. De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se han empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha,

Buenos Aires, a Cidade Autônoma de mesmo nome e 44 empresas com sede na bacia, com a ressalva de incluir quem eventualmente se concluísse como responsável pelos danos e prejuízos decorrentes da contaminação da região.⁵⁸

O cenário final de degradação ambiental, pode imaginar-se, é produto de diversas práticas ao longo do tempo, remontando ao início do século XIX,⁵⁹ tais como as de empresas e moradores da região, as de transeuntes que jogam lixo ou material tóxico no rio, as dos usuários da zona portuária, bem como a falta de fiscalização pela Administração Pública.⁶⁰

Não há como, em termos exatos e provavelmente tampouco em termos aproximados, quantificar, dado “o caráter cumulativo da contaminação”,⁶¹ a contribuição de cada um para fixar a respectiva responsabilidade nas tarefas de despoluir a área e evitar a continuidade da contaminação. Além disso, determinados sujeitos podem, na situação global, ser considerados vítimas da contaminação (por utilizarem a água poluída, por exemplo), mas terem em alguma medida contribuído para o resultado de degradação ambiental.⁶²

A complexidade das causas contaminantes (denotando o aspecto estrutural), inclusive, parece ter levado os autores da demanda a, na petição inicial, defender uma causalidade

en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos aromáticos, DDT y coliformes)” (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anais, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.**, v. 43, 2013, p. 267-286. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1>, p. 269). Também convém mencionar que a atuação do Judiciário em relação à causa *Mendoza* é controvertida na literatura argentina. Com uma análise do caso, inclusive de antecedentes e de seus diferentes momentos, v. BERGALLO, Paola. “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Ed.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 245-291.

⁵⁸ O caso tem um espaço no site da Corte Suprema, conforme indicado na n. 56. Os autos estão digitalizados e a petição inicial pode ser consultada em: <http://www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/01.pdf>, p. 21-209. A ressalva quanto a outros eventuais demandados foi feita nos seguintes termos: “y contra quien y/o quienes en definitiva resulten responsables por los daños y perjuicios sufridos por nuestros mandantes a consecuencia de la contaminación ambiental, o lo que en más o en menos resulte de la prueba por producir” (p. 26). A referida decisão de 2006 encontra-se nas p. 295-320. Posteriormente, deu-se ampliação do rol de demandados, com acréscimo de 14 municípios da Província de Buenos Aires, além de ter sido admitida a participação do Defensor do Povo da Nação e de quatro associações da sociedade civil (VERBIC, F. El remedio estructural de la causa “Mendoza”, ob. cit., p. 269-272).

⁵⁹ Ibid., p. 268.

⁶⁰ V. PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 43 (indicando diversas condutas que desembocam no resultado unitário de contaminação da bacia hidrográfica).

⁶¹ VERBIC, F. El remedio estructural de la causa “Mendoza”, ob. cit., p. 268.

⁶² Segundo PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 45-46. Haveria aí “efeitos rebote”, “que moldean las conductas de agentes situados tanto en el (supuesto) polo activo, como en el (supuesto) polo pasivo” (Ibid., p. 46).

presumida pela participação no dano.⁶³ Aliás, se o foco fosse necessariamente individualizante, poderia ser dado lugar ao contrassenso de que a bacia “tenha contaminado a si mesma”,⁶⁴ uma vez que todos afirmariam que sua conduta não teria causado o resultado em discussão ou que não teria contribuído significativamente para a sua ocorrência.⁶⁵

Há, ainda, outro exemplo no âmbito da degradação ambiental, o da “ACP do Carvão”, na região carbonífera de Santa Catarina. O que importa por ora destacar é que a sentença de primeiro grau bem retrata, neste trecho do tópico “defesas que sustentam a falta de mensuração do dano e da individualização das condutas”, a dificuldade:

Quem pode medir o dano ambiental? Ninguém pode. E não se pode medi-lo porque o dano ambiental não comporta mensuração. Exatamente por isso atribui-se aos causadores do dano a responsabilidade solidária, que independe do alcance do dano causado, como se disse alhures. A ação pode ser proposta contra um, alguns ou todos os causadores do dano, independentemente da maior ou menos participação no dano. Se alguma empresa entende que poluiu menos do que outra, e tiver que responder por mais do que devia, tal circunstância não diz respeito a esta ação, devendo resolver-se na via regressiva. No caso de pluralidade de agentes a desencadear o resultado sem que se possa precisar a forma ou mensurar o alcance de cada uma das ações ou resultados, sabendo-se apenas que o prejuízo decorreu da ação conjunta de todos, resolve-se a questão pela aplicação do art. 1.518, *caput*, do CC [de 1916, então em vigor], impondo a responsabilidade solidária.⁶⁶

Ademais, indicando duas faces da complexidade causal – a da conjunção de vários fatores (ou causas) e a de diversas condutas relativas à mineração (“causa fundamental”) –, é pontuado o seguinte:

Embora tenha se aperfeiçoado ao longo do tempo, é uno, indivisível e tem como causa fundamental a mineração. Sabe-se que esta degradação ocorreu em razão direta da atividade minerária, mas não se sabe exatamente se foi esta ou aquela mina quem mais poluiu. Ainda que se alegue que outros fatores têm contribuído para a poluição da região, como aqueles decorrentes da agricultura (uso indiscriminado de agrotóxicos e erosão), os dados técnicos estão a comprovar que nada se compara

⁶³ Escreveu-se na inicial: “Como bien explica LORENZETTI, en *Presunciones de causalidad y responsabilidad - Cuestiones modernas de responsabilidad civil* (Ed. La Ley, Bs. As., 1988), en nuestro derecho existen presunciones de causalidad, por las que acreditado el extremo de que la cosa — en nuestro caso la actividad industrial de las empresas demandadas y las sustancias que utilizan — han participado en el daño, se presume la causalidad”. Vale ressaltar que aqui não se analisa, do ponto de vista do direito material, se isso seria adequado ou em que medida essa presunção, se fosse o caso, teria de ser aplicada. O interessante é que parece indicar a dificuldade que essa degradação ambiental prolongada e complexa coloca à individualização e à valoração individualizada das condutas.

⁶⁴ Conforme exposições orais em audiência pública. A hipótese, já como inaceitável, foi aventada pelo Ministro Ricardo Lorenzetti.

⁶⁵ E sequer se pode falar que seja um resultado *final* a que todas as condutas levariam; mas um “resultado dinâmico”, que a rigor vai alterando-se, seja porque as práticas ou dinâmicas estão em curso (e um dos objetivos era o de impedir práticas que agravassem ainda mais o estado da área), seja porque há uma constante investigação de causas e soluções.

⁶⁶ Sentença disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/admin/imagens/noticias/file/acp%2000-25439.pdf>>. Trecho da p. 65. Mais informações, v. n. 139 e 142, abaixo.

aos efeitos da mineração. Até porque, regiões vizinhas, eminentemente agrícolas, não enfrentam problemas semelhantes. [...] Assim, ainda que existam diversas frações de áreas degradadas em que é perfeitamente possível definir-se ou determinar-se que chegaram ao estágio atual em razão direta da mineração específica levada a efeito pela empresa X ou Y, tal como a extensão de solo de propriedade da respectiva mina, utilizada para mineração a céu aberto ou para depósito de rejeitos piritosos, a responsabilidade não deixa de ser solidária. Quanto a estas áreas, penso, como medida de ordem prática e para ressaltar o direito daquelas empresas que já tomam algumas providências saneadoras, poderá o titular da presente Ação Civil Pública exigir que a reparação se faça direta e exclusivamente pela mineradora responsável pelo dano, se assim desejar.⁶⁷

Diante de tudo isso, não há dúvida de que a aproximação que se deve ter da causalidade é diversa da usualmente utilizada em um conflito entre *A* e *B* (ou mesmo *A*, *B* e *C*). Nesse sentido, é inviável que a investigação seja simplesmente retrospectiva, conforme apontado no início, bem como é problemático que o tratamento dos supostos violadores seja individual ou isolado. A causalidade nos litígios estruturais tem uma abordagem mais ampla e conjunta do problema,⁶⁸ de modo que, por um lado, não há, *em tal dimensão*, muito sentido em falar em vontade, intenção ou culpa, senão como metáforas,⁶⁹ e, por outro, muito menos parece ser o caso de procurar “os culpados”, ou seja, com um viés sancionatório-punitivo (ou retributivo), ainda que se acabe trabalhando com agentes identificados (como no exemplo relacionado ao meio ambiente, em que há empresas bem definidas, embora não se possa dizer a contribuição exata em relação ao “resultado global”, exceto quanto a uma área específica, eventualmente).⁷⁰

O foco, diferentemente, está no futuro, no sentido de procurar modificar a situação de violação de direitos. Os esforços têm de ser direcionados à busca de soluções, a qual é realizada com menor dificuldade quando não é empregada a “lógica da culpabilização”.⁷¹ Inclusive porque muitos casos estruturais trazem incertezas empíricas, não somente aquelas relativas à contribuição de cada um, mas também quanto aos meios que seriam realmente efetivos para solucionar o problema (ou qual seria a solução, o ponto final), é problemática a lógica de “caça aos culpados”, especialmente porque, ao contrário de estimular a construção de um caminho

⁶⁷ Ibid. Trecho das p. 70-71.

⁶⁸ Isso não quer dizer que tudo deva ser tratado como “uma coisa só”. No processo, pode haver individualizações; porém, a análise não vai ser fragmentada, mas conjunta, diferenciando o que é possível diferenciar.

⁶⁹ CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.296.

⁷⁰ O que foi dito não significa que os envolvidos identificados devam ficar impunes, por exemplo, por possível prática de crimes (se for o caso). Trata-se de dimensões diversas.

⁷¹ “[...] the role of the court is not to determine where fault lies; it is to develop a plan that fairly and effectively realises the rights not only at the time of the case but in future as well.” (MBAZIRA, Christopher. **Litigating socio-economic rights in South Africa: A choice between corrective and distributive justice**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009, p. 115).

viável, pode gerar resistências desnecessárias, obstaculizando a alteração do *status quo* de vulneração de direitos.

1.2.2 Prospectividade

O que foi dito leva ao enfoque prospectivo que deve ser conferido aos litígios estruturais. Busca-se alcançar uma possível solução *para o futuro*, evitando especialmente que a violação de direitos, já prolongada, se perpetue.⁷² Como há afastamento em relação à “lógica da culpabilização”, o eixo de abordagem é outro, não o retributivo.⁷³ Diferentemente, pode-se pensar em outras duas possíveis dimensões, corretiva e distributiva.⁷⁴

A feição corretiva, assim como a bilateralidade (e a bipolarização), marca a teoria do processo civil. É o que se tem por exemplo, com a ideia de Chiovenda no sentido de que aquele que tem razão deve ser colocado em uma situação semelhante àquela em que estaria se não tivesse havido violação do seu direito (uma espécie de “soma zero”: $(-a) + (b) = 0$, ou seja, $a = b$).⁷⁵ A compreensão disso se dá na relação entre as partes, sem considerar eventuais interesses de terceiros ou operar apreciações mais amplas, como de ordem social ou política. Na relação bilateral, o que se procura é fazer uma equivalência entre o remédio judicial e o direito da parte com razão, numa “maximização dos direitos”,⁷⁶ visando a restaurar o *status quo ante*.⁷⁷

A questão não passou despercebida por Owen Fiss, que travou um conhecido debate com Ernest J. Weinrib acerca da função da jurisdição e sua relação com as espécies de justiça.⁷⁸ Fiss diferencia o seu modelo estrutural de atuação jurisdicional, que opera *structural reforms*, do

⁷² “Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees.” (CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.302).

⁷³ PUGA, M. G. **Litígio Estrutural**, ob. cit., p. 50.

⁷⁴ A discussão justiça corretiva *versus* justiça distributiva é conhecida no campo da responsabilidade civil, havendo, conforme a linha adotada, um tipo de relação entre elas (de alternatividade ou complementariedade, por exemplo). Não é o foco aqui, porém.

⁷⁵ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 46.

⁷⁶ “Under the approach I shall call ‘Rights Maximizing,’ the only question a court asks once it finds a violation is which remedy will be the most effective for the victims, where ‘effectiveness’ means success in eliminating the adverse consequences of violations suffered by victims. The costs of alternative remedies are therefore irrelevant except when such costs actually interfere with a remedy’s effectiveness, or when the alternatives are equally effective and a criterion other than maximum effectiveness must be the basis for selection.” (GEWIRTZ, Paul. Remedies and Resistance. **The Yale Law Journal**, v. 92, n. 4, p. 585-681, mar. 1983, p. 590).

⁷⁷ SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations...**, ob. cit., p. 16.

⁷⁸ V. especificamente FISS, O. M. Coda, ob. cit., *passim*. Como resposta, v. WEINRIB, Ernest J. Adjudication and Public Values: Fiss’s Critique of Corrective Justice. **The University of Toronto Law Journal**, v. 39, n. 1, p. 1-18, 1989. Cotejando os dois, ROACH, Kent. Teaching Procedures: The Fiss/Weinrib Debate in Practice. **The University of Toronto Law Journal**, v. 41, n. 2, p. 247-286, 1991.

modelo corretivo de Weinrib, em que a tarefa dos juízes seria verificar se houve ou não interferência injusta da liberdade de um indivíduo na de outro e, em caso positivo, tentar restaurar a igualdade antes existente entre eles.⁷⁹ Essa seria uma concepção individualista da estrutura das partes, uma compreensão transacional da causalidade e uma perspectiva reparativa dos remédios.⁸⁰

Nos casos estruturais, é inviável a imposição da lógica “soma zero” (em alguns casos o próprio alfabeto seria insuficiente para montar a equação). Não é adequada uma “obsessão” por restaurar o *status quo ante*, até porque em algumas hipóteses é difícil saber qual seria esse estado anterior, objetivando-se, pois, mais desconstruir o *status quo* para chegar a uma nova realidade do que fazer aquela restauração.⁸¹

A discussão *corretivo x distributivo* se prolonga até mesmo para dentro das reformas estruturais, questionando-se qual seria o caráter dos remédios adotados para operá-las.⁸² Nesse sentido, conforme aponta Paul Gewirtz,⁸³ a dessegregação racial nos Estados Unidos pode ser encarada com enfoque distributivo ou corretivo, além do proibitivo para evitar novas violações, sendo que para ele o mais adequado dos três diferentes caminhos é o segundo. Explicando suas razões, coloca que seria possível pensar no sistema da livre escolha, proibindo que se impedisse a matrícula de uma criança em determinada escola (“*for blacks*” ou “*for whites*”). Isso, porém, não seria suficiente, por conta dos efeitos da violação reiterada (efeitos estes que constrangeriam a “livre” escolha). Assim, mais apropriada seria a aplicação de diferentes mecanismos transitórios para corrigir e extirpar os efeitos negativos.⁸⁴

Após, não haveria problema, para ele, em optar-se por um sistema educacional baseado na escolha. Tal linha seria diferente de uma perspectiva distributiva, pois nesta haveria o estabelecimento de estados finais a serem alcançados e mantidos (determinadas distribuições, conforme o critério empregado). Por exemplo, que houvesse um percentual de crianças brancas

⁷⁹ FISS, O. M. Coda, ob. cit., p. 233.

⁸⁰ Ibid., p. 234 e ss. A crítica de Fiss chega a sugerir que, ao lado das três instituições abordadas no texto sobre feminismo (maternidade, mercado e sexualidade), a própria justiça corretiva poderia ser encarada como uma quarta, que, como as demais, é muitas vezes encarada como “natural” ou “normal” (Ibid., p. 243-244).

⁸¹ A propósito, em algumas hipóteses, chega-se a cogitar que, mais do que reformas institucionais, seriam *institutional constructions*, conforme diferenciação feita por LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 402-459, 2012, p. 449.

⁸² Sobre a diferença entre visões substanciais que impactam na escolha dos remédios, v. também EASTERBROOK, F. H. Civil Rights and Remedies, ob. cit., p. 104-105. Sobre *rights and remedies*, v. abaixo 1.2.3.

⁸³ V. GEWIRTZ, P. Choice in the Transition, ob. cit., p. 731 e ss.

⁸⁴ “[...] during the transition courts may prohibit actions that would be permitted in the racial end-state, require actions that would be prohibited or at most permitted in the end-state, and permit actions that would be impermissible in the end-state.” (Ibid., p. 735).

ou negras em cada escola, proporcionalmente ao encontrado na população.⁸⁵ Não obstante o enfoque corretivo que adota, reconhece que há problemas (de caráter distributivo, pode dizer-se) envolvendo as medidas para corrigir os efeitos da violação, como determinar quem suporta os respectivos custos e quem serão seus beneficiários.⁸⁶

O que é interessante destacar é a complexidade própria dos casos estruturais,⁸⁷ podendo-se vislumbrar tanto uma faceta corretiva como uma distributiva,⁸⁸ ainda que aquela não seja na linha da “soma zero”, mas de caráter construtivo – uma correção *pro futuro*, transformadora, não estritamente retrospectiva. Como a preocupação não é especificamente individual (ou seja, não é com a conduta *x* ou *y* nem com uma vítima pessoalmente determinada), a correção integral dos efeitos já é, por isso, inviável. Retomando a hipótese de dessegregação racial, percebe-se, por um lado, que ficam de fora aqueles que já se sujeitaram a um sistema educacional segregado e, por outro, que aqueles que ainda estão nele não necessariamente serão alcançados pelo remédio,⁸⁹ haja vista que este não é de efetivação imediata (sequer tem como sê-lo).

Ainda, considerando que os casos estruturais envolvem violações que se prolongam (não somente que *se prolongaram*), tem-se não apenas que lidar com os efeitos de práticas passadas/presentes, mas também encontrar caminhos para que as práticas ilícitas não tenham continuidade ou sejam repetidas.

Adentrando o campo da tutela dos direitos, é possível dizer que a perspectiva corretiva, seja para reparação de um dano (como no caso de degradação ambiental), seja pra corrigir os efeitos de ilícitos passados, efeitos estes que ainda persistem (se projetaram e se projetam para o presente e para o futuro), alinha-se com as formas de tutela ressarcitória (repressiva contra o dano) e reintegratória (repressiva contra o ilícito). E a necessidade de serem evitadas as reiteradas práticas ilícitas, para barrar novas violações de direitos, com a tutela inibitória.⁹⁰

⁸⁵ Não seria um direito a participar das “escolas para brancos”, mas a um sistema educacional não construído com base no racismo (Ibid., p. 751).

⁸⁶ Ibid., p. 782, n. 181. O autor não trata, como salienta na nota, desses problemas no texto.

⁸⁷ Obviamente, porém, a questão distributiva também está presente em casos individuais (v. exemplos trazidos por VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264p (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 113-117).

⁸⁸ Conforme aponta PUGA, M. G. **Litígio Estrutural**, ob. cit., p. 31-32 – procura-se alterar o resultado ilícito (aspecto corretivo) ou evitar que aquele resultado seja suportado pelas pessoas afetadas (caráter distributivo).

⁸⁹ Conforme registra NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984, p. 402.

⁹⁰ Sobre as formas de tutela, v. ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 116 e ss; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199 e ss.

O enquadramento do ilícito continuado, do que se aproximam as violações estruturais, já gerou polêmica, em razão de uma possível “zona de penumbra”. Isso justamente porque o ilícito está em andamento, de modo que, ao mesmo tempo em que quer-se que ele não continue sendo praticado, quer-se também eliminar os efeitos do ilícito já praticado e que está sendo praticado. Assim é que a tutela que retira os efeitos de tal tipo de ilícito, impedindo sua continuidade, não teria preventividade suficiente para ser considerada inibitória, já que seria “figura que se volta nitidamente para o passado, observando o que já aconteceu e lidando com essa situação já consolidada”.⁹¹

Para superar ou atenuar a zona cinzenta, na perspectiva das formas de tutela, poderia ser feita a distinção entre o ilícito continuado e o de eficácia continuada, havendo para o primeiro tutela inibitória, enquanto que para o segundo, a reintegratória.⁹²

Nos casos estruturais, de todo modo, há, muitas vezes, uma conjunção dessas e de outras situações. Não só é possível uma união de tutelas contra o ilícito, mas também contra o dano – afinal, se está tratando aqui de um conjunto de práticas que desembocam numa situação global bastante complexa. Não obstante, haverá uma marca prospectiva em qualquer das hipóteses, o que a princípio pode parecer paradoxal, mas não é. Trabalha-se em outra dimensão, não com condutas pontuais que representem “o” ilícito ou desemboquem em *um* dano (ou uma simples somatória destes e/ou daqueles).

De modo geral, parece complicado distinguir “a” forma de tutela adequada. O uso do singular é problemático. O enfoque que se dá, tendo em conta que em muitos dos casos a violação se estende por um lapso temporal considerável, é o de conseguir uma solução para aquele cenário concreto de vulneração de direitos. Uma violação pode já ter acontecido (ou, com maior frequência, está ainda acontecendo), mas certamente seus efeitos se fazem concretamente presentes e se projetam para o futuro, e sequer é simples saber quais são exatamente os efeitos das práticas ou há certeza quanto a prognósticos, isto é, não se tem conhecimento suficiente acerca da correção dos próprios fatos e da validade de presunções ou conclusões (incerteza empírica). É possível, se não provável, a ocorrência de outras zonas de penumbra, podendo falar-se em uma espécie de tutela apenas em um senso bastante genérico ou, ainda, encontrar diversas faces para a tutela globalmente prestada, uma *tutela estrutural*.

⁹¹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 136.

⁹² Ibid., p. 136.

1.2.3 Imbricação de interesses: da maximização ao balanceamento

Percebe-se que os casos estruturais trazem um cenário complexo e, envolvendo problemas policêntricos, contemplam imbricações de interesses. Percebidas a complexidade e a policentria, mostra-se pertinente outro enfoque que não aquele da maximização dos direitos, mas do balanceamento de interesses.⁹³

Essas duas ópticas são diferenciadas por Paul Gewirtz, nos Estados Unidos, na perspectiva dos *rights and remedies*, e são úteis aqui para perceber-se que, embora se fale em violação de direitos, o que há no fundo são vários interesses imbricados, ou seja, o que é reivindicado como uma violação de direito acaba por envolver uma imbricação complexa de diferentes interesses,⁹⁴ que não pode ser simplesmente ignorada.

Enquanto na primeira abordagem a preocupação é somente com a efetividade do direito reclamado, sem levar outras variáveis em consideração (apenas, então, tentando maximizá-lo), o balanceamento toma em conta outros interesses na escolha do remédio para realização do direito reconhecido, admitindo a possibilidade de que eles possam justificar a diminuição da efetividade da forma de proteção do direito.⁹⁵

A distinção entre *rights* e *remedies*, juntamente com os dois enfoques mencionados, permite demonstrar a outra racionalidade que os casos estruturais exigem. Mesmo que não se conheça no direito brasileiro uma equivalência exata à ideia de *remedies*, é possível aproximá-la da noção de *tutela dos direitos* ou *formas de tutela*,⁹⁶ antes que de meios executivos, isto é, os

⁹³ Não obstante, vale desde logo deixar claro que nos parágrafos que seguem não se pretende indicar qual seria a técnica que deve ser utilizada pelo juiz para decidir, mas enfatizar que os diferentes interesses visibilizados nos casos estruturais demandam essa outra racionalidade.

⁹⁴ “[...] una situación que imbrica de formas complejas diversos intereses, y a la que se intenta modificar” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 51).

⁹⁵ “In evaluating a remedy, courts in some sense ‘balance’ its net remedial benefits to victims against the net costs it imposes on a broader range of social interests. Thus, even if a particular remedy would be the most effective in curing the violation, its costs may be sufficiently high that an Interest Balancing court would choose a less effective remedy.” (GEWIRTZ, P. *Remedies and Resistance*, ob. cit., p. 591). De todo modo, aponta que, independentemente do enfoque adotado, os remédios encontrariam alguns limites *inevitáveis*, “either because of conflicts arising out of multiple remedial goals or because of practical difficulties in devising means to achieve those goals”. Os múltiplos objetivos são encontrados especialmente nas hipóteses em que a violação se protraí no tempo e produz muitos efeitos. Por outro lado, as dificuldades em alcançar os objetivos decorrem de diversos fatores, sendo o juiz “no more than a promoter of remedial effectiveness” – dificuldades como a incompletude das informações a respeito das instituições sociais e a dependência em relação a outros atores sociais que podem obstruir a implementação, por meio de resistência (Ibid., p. 593-594).

⁹⁶ “As *formas de tutela* são garantidas pelo *direito material*, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as *formas de tutela* estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar *formas* capazes de atendê-las” (MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 250). Os *remedies* também se encontram em um outro plano, que não o propriamente substancial nem o processual: “The question whether a given set of facts

remédios não se colocam simplesmente como as técnicas utilizadas para efetivar a decisão, senão significam sua própria construção. A pretendida *correlação* entre eles e os direitos aponta também para que a tutela do direito corresponda à sua (mais) efetiva proteção.⁹⁷

Com essa aproximação, pode perceber-se que, assim como os *remedies*, nos casos estruturais, podem (ou até necessitam, por imperativos da factibilidade da decisão) levar em consideração outros fatores que não a pura e simples (e possivelmente analisada em abstrato) efetividade,⁹⁸ a modelação da forma de tutela para proteção do direito, nesse tipo de litígio, também tem seu delineamento feito em um cenário mais complexo. Além do mais, deve notar-se que em muitos desses casos entram em jogo direitos fundamentais ou humanos de caráter aberto e marcados por um maior grau de vagueza. Em tal hipótese, o próprio direito tem a sua significação mais evidentemente moldada no caso concreto (por exemplo, pode haver colisão entre dois ou mais direitos fundamentais).⁹⁹ Assim, tem-se a própria construção do significado do direito, que será ainda mais imbricada com a da respectiva forma de tutela.¹⁰⁰ Conclui-se o

shows a right in the plaintiff is a substantive question. [...] When the plaintiff's substantive rights are known, the remedies questions can be asked. [...] The law of remedies is thus sharply distinguished from the substantive law of rights. It is also distinguished from the law of procedure. Procedural law deals with process of getting from right to remedy" (DOBBS, Dan B. **Law of Remedies: damages, equity, restitution**. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993, p. 1-2). As formas de tutela também não se confundem com a efetividade do processo – o processo deve compreender técnicas adequadas a fim de possibilitar a concretização da forma de tutela devida (MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 251-252).

⁹⁷ Vigoraria o princípio da congruência entre *rights* e *remedies*. Não obstante, nem sempre o direito é claro de modo que dele se passe à análise do remédio adequado com facilidade. Pode ser às vezes que a sequência seja inversa, isto é, sabendo-se qual é o direito a partir do remédio cabível. Ainda, pode acontecer que "the remedial tail wags the substantive dog", negando-se o direito quando se crê que o remédio é imensurável ou impraticável ("[a]lthough remedy normally follows the right, rights will not be established unless a remedy can be administered"). Por fim, pode ter-se uma hipótese diante da qual a incongruência entre *right* e *remedy* não implique que este seja equivocado, mas que se tenha que repensar aquele. V. RENDLEMAN, Doug. **Complex litigation: injunctions, structural remedies and contempt**. 9. ed. Nova Iorque: Thompson Reuters Foundation Press, 2010, p. 22-24. Percebe-se aí a importância dos *remedies*. Não distante disso, importância tal também se atribui às formas de tutela, de modo que "o sujeito só é titular de um direito, ou de uma posição juridicamente protegida, quando esse direito disponha de uma *forma de tutela* que seja adequada à necessidade de proteção que esta posição exija" (MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 251).

⁹⁸ Diz-se possivelmente analisada em abstrato, justamente por muitas vezes não se levarem em conta circunstâncias concretas que afetam a factibilidade da decisão que, em princípio, "maximiza" a realização do direito e que, portanto, seria a decisão mais efetiva a partir de tal ponto de vista.

⁹⁹ "The claims of reality are felt starting at the rights stage, and simply continue, more insistently, at the remedies stage. In short, all realms of constitutional law struggle with the tension between the ideal and the real, the duality of aspiration and compromise" (GEWIRTZ, P. *Remedies and Resistance*, ob. cit., p. 677). "All dimensions of the law are affected by the world of the practical, the real, the subjective, the political – in short, 'the world' as we know it. The duality of the ideal and the real exists, but it pervades the judicial function. The two-sidedness is not conveniently deposited in the separate categories of right and remedy. The practicalities cannot be cordoned off into a separate domain to keep rights-declaring purely 'ideal.'" (Ibid., p. 678).

¹⁰⁰ "It is important to note that competing interests that are considered insufficient to override the purposes of the rights at the rights determination stage could be relevant and used at the remedial stage to limit the scope of the remedy" (MBAZIRA, C. **Litigating socio-economic rights in South Africa**, ob. cit., p. 118-119).

que o direito há de significar (*right*) e como tem de ser protegido, colocado em prática, concretizado (*remedy* – ou, no paralelo aqui traçado, forma de tutela).

Segundo Fiss, a ideia de que deva haver uma estrita correlação ou adequação do remédio em relação ao direito ou à violação deste (*tailoring principle*) é imprópria para o contexto estrutural, ao menos por duas razões. Por um lado, porque ela lida com uma concepção de violação de direitos retrospectiva e ligada a fatos isolados, do que se afastam os casos estruturais, como visto. Por outro, porque supõe uma relação de dedução entre os remédios e os direitos.¹⁰¹ A violação do direito, na perspectiva estrutural, não é a única fonte do desenho do remédio, levando-se em conta outros fatores, que podem ser, por exemplo, outros valores que devem ser protegidos ou a própria eficácia ou efetividade da maneira escolhida para por fim à violação.¹⁰²

Desse modo, ainda que se fale em violação de direitos, acaba configurando-se como uma imbricação de interesses, conforme mencionado, mais bem resolvida na linha do balanceamento de interesses do que da maximização de direitos. Isso também parece indicar a insuficiência da noção de *direito subjetivo* nesses casos, noção esta articulada em um contexto específico e intimamente relacionada com a construção das concepções acerca do papel da jurisdição e, de maneira correlata, do processo.¹⁰³ Nesse sentido, tem-se um processo civil desenhado para lidar com direitos subjetivos (e, assim, também bipolarizado), enfrentando dificuldades ao trabalhar com aquela imbricação, de modo que “as respostas judiciais tornam-se substancialmente mais erráticas, desajustadas, incompletas”¹⁰⁴. Tentar colocar essas outras situações ou “novos direitos”

¹⁰¹ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 46-47. “In the structural context these formalistic qualities – exclusivity, a fully determined specificity, uniqueness, and certainty – are never present”. Explicando cada uma delas: “(a) the violation is viewed as the *exclusive* source of the remedy; (b) each *specific* provision of the remedy is explicable in terms of the violation; (c) it is assumed that there is a *unique* remedy, in the same way that there is a single conclusion to a syllogism; and (d) the remedy, also like the conclusion, is thought to follow from the violation with a high degree of *certainty*” (Ibid., p. 47).

¹⁰² V. CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.293-1.294; FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 46-50. Assim, “Interest Balancing admits a possibility that Rights Maximizing forecloses – that some of these costs, some of the time, may justify a remedy that does less than eliminate all effects of the violation.” (GEWIRTZ, P. *Remedies and Resistance*, ob. cit., p. 599).

¹⁰³ Mesmo com a *publicização* do processo não há total superação, v. MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 33-41. De fato, “a proteção judicial das posições de vantagem estruturou-se, na tradição liberal, de sorte a *instrumentalizar o exercício de direitos subjetivos*, e acaba tendo dificuldades, hoje, para operar a proteção de outras formas mais frouxas de interesse sobre certos bens, por falta de *instrumentos concebidos para tanto*” (VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, ob. cit., p. 126).

¹⁰⁴ Ibid., p. 126. Aponta que “[...] essa nota de flexibilidade desponta como a principal característica a marcar a transição em direção ao interesse como categoria jurídica prioritária no mundo contemporâneo. Se é verdade que esse mundo acabou com as fronteiras entre o público e o privado, gerando formas de regulação jurídica mais fluidas, menos dotadas de coerção, multi-centradas, e se é verdade que a solução desses conflitos exige cada vez mais acordo e cada vez menos subsunção (o que parece ser a regra do *novo contencioso* apontado acima), então o interesse tem posição de destaque nesse mundo” (Ibid., p. 130).

na categoria do direito subjetivo é problemático, podendo gerar distorções, entre elas a não consideração dos diferentes interesses envolvidos.

1.2.4 Factibilidade e participação

Para finalizar este capítulo, resta tratar de dois outros aspectos dos casos estruturais, não desconectados dos demais e relacionados entre si – factibilidade e participação-negociação. Ambos são marcados pela carga pragmática dos litígios estruturais. Como visto, o foco da análise do caso está no futuro, na busca de possíveis soluções, modificação *concreta* da violação de direitos.¹⁰⁵

Os casos estruturais buscam alterar situações *concretas* e, desse modo, deve atentar-se para as próprias circunstâncias fáticas: a decisão¹⁰⁶ buscará modificações reais e a facticidade impõe justamente que se pense na factibilidade. Nesse sentido, e tomando em consideração a alta complexidade dos problemas concernentes aos casos estruturais, que impede a adoção de uma solução imediata (justamente porque não factível – não há como, por exemplo, alterar um cenário de violações consolidadas no tempo “da noite para o dia”), abre-se espaço para que os diversos interessados ampliem sua participação e procurem dialogar ou negociar uma resposta possível. A negociação ou o diálogo, para além do caráter participativo que podem conferir ao processo, põem-se muitas vezes como necessários para superar eventual resistência que impediria a concretização de uma solução “maximizadora”.¹⁰⁷

Também, veja-se que as situações complexas envolvem altos custos – em diferentes sentidos, como os custos de informação –, de modo que é importante não apenas a participação dos interessados, mas também daqueles “de interesse”¹⁰⁸, aprimorando, por exemplo, o

¹⁰⁵ “[...] el juez está siendo desafiado por la apremiante necesidad pragmática de modificar la situación” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 54).

¹⁰⁶ Como será visto na parte II, capítulo 4, 4.2, falar aqui em decisão não significa sentença no sentido do processo tradicional.

¹⁰⁷ “[...] structural reform requires interest balancing, negotiation and the development of strategies to minimize resistance to the remedial program proposed. With its emphasis on rights-maximizing, the corrective remedial framework cannot facilitate any of these requirements” (SHARP, N. *Wrongful System Rights Violations*, ob. cit., p. 16). O “corretivo” é posto ali como aquele da soma zero). Vale esclarecer o sentido de negociação, já que o termo pode ser utilizado em vários. Emprega-se justamente no sentido de diálogo, não de barganha. Envolve “un diálogo con agenda, dirigido a un acuerdo provisional acerca de cómo seguir dialogando para alcanzar más acuerdos, en un marco en el que el *status quo* está deslegitimado por la juridización del conflicto. La palabra que en español para mí se acerca mejor a la semántica referida por los autores [refere-se a Charles F. Sabel e William H. Simon] es ‘conversación’” (PUGA, Mariela G. **La realización de derechos en casos estructurales: Las Causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'**. 2008. Disponível em: <<http://www.palermo.edu>>. Acesso em: 20 mai. 2014, p. 32).

¹⁰⁸ Ibid., p. 32. V., sobre o experimentalismo, parte II, 4.1.

conhecimento das circunstâncias do caso e das implicações de medidas em determinado sentido.¹⁰⁹

Há nesses casos uma relação que se prolonga no tempo, estranha à noção de ponto final e extinção do processo: não se tem a decisão judicial como fim do processo, como poderia ser satisfatório para os defensores do direito a uma sentença de mérito, tampouco se tem uma fase executiva (potencialmente) curta e com um objetivo determinado (e fixo). A própria mudança que vai sendo empreendida pode ocasionar a alteração dos seus objetivos iniciais.¹¹⁰ A dinamicidade marca esses litígios. Pode acontecer que se pretenda determinado resultado, mas os objetivos se alterem quando alcançado – ou mesmo antes disso. Novas necessidades surgem e circunstâncias ou questões não obrigatoriamente antes consideradas ou imaginadas desafiam o intento inicial.¹¹¹

Como se pode perceber, todos os aspectos destacados apontam para uma direção: trabalhar com casos estruturais exige outra racionalidade para desafiar e alterar o *status quo*. Isso tem repercussões na própria configuração do processo, além de exigir outra postura e “mentalidade” dos diversos participantes,¹¹² entre eles os magistrados, as partes e também os advogados (ou defensores em sentido amplo).¹¹³

Quanto aos juízes, a propósito, imagina-se que tenha de ser um juiz *heróico* para dar conta de tudo isso. O imaginário não está distante da realidade brasileira e é o que se passa a ver na seção que segue, em que se trabalha a premissa de que não há simplesmente como afastar o Judiciário dos problemas estruturais, apesar de o modo como ele vem atuando não ser, em regra, satisfatório, falando-se inclusive em um “ativismo despreparado”¹¹⁴.

¹⁰⁹ “[...] los litigios estructurales, lejos de plantearse como una competencia de *suma cero* entre dos polos enfrentados, tienden a estar entrelazados por acuerdos y confluencias entre las partes procesales, tanto en relación a los hechos, como a los ejes multicausales que estructuran la *litis*” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 50).

¹¹⁰ Por exemplo: “Experience – the experience of white resistance, for example – may change some people’s basic concept of the appropriate remedial goal in a desegregation case, of what ‘desegregation’ means, of what the ‘right’ itself is” (GEWIRTZ, P. Remedies and Resistance, ob. cit., p. 665).

¹¹¹ “Where discrimination persisted and spread its harms for decades or longer, it may take decades or longer to reverse the process.” (GEWIRTZ, P. Choice in the Transition, ob. cit., p. 795).

¹¹² ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 21-23.

¹¹³ “We know that lawyers are the conduit of information to litigants about what transpires outside litigants’ view, and we know that at least in some instances, lawyers distort information to protect their own interests and forward their own goals” (RESNIK, Judith. Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preference for settlement. **Journal of Dispute Resolution**, v. 2002, n. 1, p. 155-169, 2002, p. 9).

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Eds.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599, p. 596.

CAPÍTULO 2

PROBLEMAS ESTRUTURAIS E A PRÁTICA JUDICIÁRIA:

Bipolarização até quando?

Problemas policêntricos e altamente complexos, incluindo os estruturais, não são alheios ao Judiciário. Tampouco a atividade dos juízes e tribunais se restringe a litígios individuais ou a questões “meramente jurídicas”. É notória, por exemplo, a existência de demandas envolvendo medicamentos ou tratamentos médicos, propostas em face do Estado, desafiando políticas públicas existentes ou advogando a necessidade de sua criação. Nessa linha, também podem ser encontradas ações envolvendo tais problemas no campo da educação, especialmente infantil, do meio ambiente e do sistema carcerário.¹¹⁵ Por ser provocado, o Judiciário vem dando-lhes uma resposta, mas não necessariamente uma resposta idônea ou da forma adequada. Há, de fato, um anseio por parte dos magistrados no sentido de efetivar os direitos, mas o modo como essa proteção é supostamente feita pode trazer e traz complicações.¹¹⁶ Isso, a propósito, é alvo de críticas que repelem o “ativismo judicial” (expressão não raramente usada em um sentido pejorativo)¹¹⁷, inclusive entendendo-se que seriam gerados “cidadãos de segunda classe”¹¹⁸.

Diante da inadequação da resposta a litígios conectados a problemas estruturais e das disfunções que isso pode gerar, poderia ser questionado: por que não reconhecer que o Judiciário é realmente melhor no exercício da “jurisdição tradicional” (a que o processo como usualmente concebido seria mais adequado) e restringir sua atuação “ao que melhor sabe fazer”? Realmente, essa seria uma resposta mais fácil. Aliás, a relação entre policentria e atividade jurisdicional teve repercussão em alguns países, utilizada aquela como critério de “judiciabilidade”¹¹⁹ ou deferência ao Legislativo ou Executivo.¹²⁰

¹¹⁵ Exemplos de casos serão dados ao longo do capítulo, v. sobretudo item 2.1.2.

¹¹⁶ A forma como se tem atuado e a resposta que vem sendo dada a casos que guardam relação com problemas estruturais (policêntricos e complexos) são, ainda que de maneira breve, também trabalhadas neste capítulo, v. especialmente item 2.1.3.

¹¹⁷ A propósito, pode ser encontrado o uso da expressão em razão da discordância com o resultado (EISENBERG, T.; YEAZELL, S. C. *The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation*, ob. cit., p. 472).

¹¹⁸ STRECK, Luiz Lenio. “Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia” (entrevista). **Revista Consultor Jurídico**. 10/08/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

¹¹⁹ Ou “justiciabilidade”.

¹²⁰ Sobre a policentria como critério, v. KING, Jeff. **The pervasiveness of polycentricity**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1027625>>. Acesso em: 21 set. 2014; **Polycentricity and Resource Allocation**: A

Porém, as coisas não são tão simples, e uma resposta simplista tampouco pode ser aceita.¹²¹ Parece que sequer seria possível pura e simplesmente pretender retirá-los da esfera de atuação judicial, o que certamente faz necessário repensar o processo. Essa é a premissa trabalhada no presente capítulo, que se acopla à desenvolvida no capítulo anterior, que era sobre tal necessidade a partir da conformação dos casos como estruturais. A “inafastabilidade” de tais problemas do campo jurisdicional reforça isso, como se frisa no item abaixo. Nas linhas que seguem, trabalha-se, então, a inviabilidade de simplesmente afastar a atividade judicial dessa seara, trazendo alguns exemplos de problemas estruturais levados ao Judiciário e fazendo uma análise, mesmo que breve, de como têm sido tratados judicialmente, passando-se, nos itens subsequentes, a considerações sobre o nosso arranjo institucional contemporâneo e o próprio conceito de jurisdição.

2.1 “Inafastabilidade da jurisdição”: uma nova roupagem à conhecida ideia

É conhecida ideia de “inafastabilidade da jurisdição”, mas aqui ganha outro sentido. Como há muito empregado, dizer que o controle jurisdicional é inafastável tem ligação tanto com o monopólio estatal da jurisdição como com o acesso à justiça.¹²² Aqui, porém, o sentido é mais provocativo àqueles que dizem que o Judiciário não deve “imiscuir-se” em questões que seriam “extrajurídicas”. Não é somente porque a Constituição, em seu art. 5.º, XXXV, prevê o direito à tutela jurisdicional efetiva e o acesso à justiça que os casos estruturais não podem ser retirados do âmbito da atividade judicial. A problemática parece ser mais ampla.

Critique and Refinement. 2006. Disponível em: <<http://www.trinitinture.com/documents/king1.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹²¹ Não obstante o disposto na nota anterior, mesmo na Inglaterra não se aceita necessariamente a resposta binária ou “simplista” no sentido aqui colocado. V., p. e., KING, J. **The pervasiveness of polycentricity**, ob. cit., *passim*. Inclusive, o autor contra-argumenta, trazendo exemplos de que o Judiciário lida com problemas policêntricos, como no campo tributário, o que retiraria o peso de que a policentria seria um limite para o *judicial review*.

¹²² Por exemplo: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5.º, inc. XXXV da CF: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 10, jul./dez. 2007, p. 13).

2.1.1 Panorama

A pretensão não é estudar o ativismo judicial, a “judicialização da política” ou a “politização da justiça”, mas somente explicitar que os problemas estruturais não têm como ser, pura e simplesmente, afastados do Judiciário, como se neles não pudesse “intervir”. Aliás, aqui não se parte da ideia de que, ao lidarem com os “novos litígios”, juízes e tribunais estariam *intervindo* no espaço do Legislativo ou do Executivo, pois falar em intervenção pressupõe que cada uma das instituições possui *campos próprios*, previamente delimitados. Intervir, no sentido que é empregado nesse contexto, quer dizer exatamente uma interferência no que é do outro.¹²³ Enfim, a própria ideia de *intervenção* tem um sentido bastante específico (não é “mera” opção terminológica): intervir é atuar em um campo que não lhe é próprio, o que guarda relação com certa noção subjacente de democracia e de “separação de poderes”.¹²⁴

De um ponto de vista mais amplo, pode ver-se que o fenômeno não é “simplesmente jurídico”, como se o direito passasse a “invadir” outros campos, e aí, por consequência, com a “extensão do jurídico”, houvesse igual alargamento do “judicializado” ou “judicializável”. A ampliação da temática com que o Judiciário se depara tem sua dimensão social e política.¹²⁵ São dois possíveis lados de uma mesma moeda, o que não é ignorado, mas o que muitas vezes acontece é que não se percebem ou se deixam de lado essas outras facetas da “atuação judicial expandida”, sem notar a amplitude (e, por que não, a complexidade) do fenômeno.¹²⁶

¹²³ “Afim, intervém quem não é dono mas deseja fazer valer sua autoridade na esfera alheia (o verbo ‘intervir’ é sinônimo de ‘interferir’, *intrrometer*).” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual o futuro da Direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.107-139, p. 108-109).

¹²⁴ No mesmo sentido, BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas**: Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. 2011. 164p (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 10, n. 2. A utilização da expressão “judicialização da política” também tem pertinência com certas premissas, especialmente no sentido de que se está “judicializando” algo que não seria próprio da esfera judicial, questões políticas: “Classical democratic theory associates politics with the activities of the legislature, and law with the operation of the judicial branch. Politics is natural to the operation of the legislature and is both unavoidable and legitimate there. [...] By contrast, law, or the application of law, is supposed to happen in courtrooms. The application of law may be controversial, but it is expected to be mostly a technical matter of finding the right principles under which the dispute can be settled. The duty of judges and legal officers is to provide fair and unbiased tribunals before which conflicting parties can settle their disputes under pre-existing accepted legal norms. This model sees courts as places where particular disputes are settled, not as places where general and prospective regulations are formulated.” (FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002, p. 49-50).

¹²⁵ V., quanto à dimensão política, p. e., BARBOZA, Estefânia Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court. **Diritto & questioni pubbliche**, v. 13, p. 407-444, 2013, p. 421-422.

¹²⁶ Por exemplo: “A political sphere conducive to the judicialization of such purely political questions is therefore at least as significant to its emergence and sustainability as the contribution of courts and judges. This insight highlights a ‘court-centric’ fallacy common among critics of judicial activism who often blame ‘power hungry’

Indicadores dessa maior amplitude tem-se no Brasil especialmente levando em conta a Constituição, ao lado da legislação relativa a ações coletivas.

Teve-se, no Brasil, o surgimento de diplomas normativos prevendo a tutela jurisdicional de determinados interesses coletivos somente a partir da década de 1950. Foram editadas as Leis 1.134/1950, tratando da representação judicial e extrajudicial coletiva, pelas respectivas associações, dos funcionários ou empregados de empresas industriais da União; 4.215/63, estabelecendo que caberia à Ordem representar, em relação aos interesses ligados ao exercício da profissão dos advogados em juízo ou fora dele; e, somente esta em vigor, 6.708/79, reconhecendo aos sindicatos a possibilidade de atuarem em substituição processual de seus associados, ainda que sem outorga de poderes dos integrantes da categoria.

Entretanto, passo significativo deu-se somente com a edição da Lei da Ação Popular (Lei 4.767/1965), prevendo instrumento para tutela de interesses coletivos (patrimônio público), e com a Lei 6.938/1981, sobre a política nacional do meio ambiente e que dá legitimidade ao Ministério Público para responsabilização civil e criminal do causador de danos ambientais. Também, houve indicação de que entre as funções institucionais do Ministério Público está a promoção da ação civil pública, conforme previsão do art. 3.º da Lei Complementar 40/1981, que estabeleceu as normas gerais da organização do MP estadual. Não obstante tudo isso, foi com a Lei 7.347/1985, disciplinando a chamada ação civil pública, que o processo coletivo brasileiro ganhou corpo.¹²⁷

Ainda, foi certamente com a atual Constituição que a tutela coletiva se fortaleceu substancialmente, implicando aumento do número de ações coletivas ajuizadas, sendo um dos fatores relevantes a nova configuração do Ministério Público, além de contemplarem-se instrumentos de proteção coletiva de direitos e proteção de direitos coletivos no próprio texto constitucional (por exemplo, art. 5.º, XXI, e art. 8.º, III, previsões de caráter geral).¹²⁸ Em poucas

judges and ‘imperialist’ courts for ‘expropriating’ the constitution, for being too assertive and excessively entangled with moral and political decision making, and subsequently disregarding fundamental separation of powers and democratic governance principles.” (HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. **Fordham Law Review**, v. 75, p. 721-753, 2006, p. 752-753).

¹²⁷ V. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, v. 20, n. 77, jan./mar. 1995, p. 151-152; ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 151-152; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-51; WATANABE, Kazuo. Capítulo I Disposições Gerais. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 787.

¹²⁸ Ademais, como lembra Aluisio de Castro Mendes, houve a manutenção, criação, ampliação ou “constitucionalização” de procedimentos específicos, como o da ação popular (com alargamento de seu objeto – art. 5.º, LXXIII), o da ação civil pública (art. 129, III) e o do mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXIX e LXX).

palavras, a Constituição não impõe a realização somente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva *individual*, mas também coletiva,¹²⁹ sendo que em alguns casos a coletiva é a única via possível para obter-se tutela jurisdicional, seja porque se trata de direito “essencialmente coletivo”, para utilizar a terminologia de Barbosa Moreira,¹³⁰ seja porque em algumas hipóteses o caminho individual sequer será utilizado.¹³¹

Além disso, foi nesse contexto constitucional que surgiram outros marcantes diplomas tocantes ao processo coletivo. A propósito, a própria Lei da Ação Civil Pública – LACP, inicialmente concebida para o “ressarcimento de danos causados” ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio público em sentido amplo, teve seu terreno de aplicação expandido.¹³² Ainda, surgiram as Leis 9.868/99 e 9.882/99 (controle direto de constitucionalidade), 9.494/97 (tutela antecipada contra a Fazenda Pública) e 8.078/90 (defesa do consumidor – CDC). Ademais, em relação a interesses específicos, para além da Lei Complementar 75/1993,¹³³ podem ser citados os diplomas que cuidam da tutela de infância e juventude (Lei 8.069/1990), pessoas com deficiência física (Lei 7.853/1989), investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89), ordem econômica e livre concorrência (Lei 12.529/2011), probidade administrativa (Lei 8.429/1992), idosos (Lei 10.741/2003), torcedores (Lei 10.671/2003) e biossegurança (Lei 11.105/2005).

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

¹²⁹ Sobre isso, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 281-283.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, v. 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187-188.

¹³¹ Ambas as hipóteses representam facetas do acesso à justiça conferido pelo processo coletivo. Por um lado, direitos coletivos sem ações coletivas restam desprotegidos judicialmente. Por outro e por exemplo, a técnica de coletivização da prestação de tutela jurisdicional possibilita levar à apreciação do Judiciário lesões ou ameaças de lesões ínfimas, mas de relevância na perspectiva global, que individualmente nunca ou muito dificilmente o seriam.

¹³² Lembre-se que o próprio texto da LACP aprovado pelo Congresso incluía dispositivo indicando a possibilidade de proteção de “qualquer outro interesse difuso” (art. 1.º, IV), mas este foi vetado pelo então Presidente da República, porque “amplíssima e imprecisa abrangência da expressão” poderia provocar “insegurança jurídica”. Ademais, não obstante a amplitude já explícita no texto, com a Lei 8.078/1990, além do disposto no art. 129, III, da CF/1988, as Leis 12.966/2014 e 13.004/2014 incluíram no art. 1.º da LACP os seguintes incisos, respectivamente: “VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos” e “VIII – ao patrimônio público e social”. Essas últimas alterações, porém, apenas reforçam o que já era possível.

¹³³ “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...] VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; VIII - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos”.

Tem-se, assim, no Brasil, um “microssistema de processo coletivo”, construído sobre o eixo LACP-CDC, sendo viável a concessão das mais variadas formas de tutela e com o uso de diferentes técnicas processuais a fim de concretizar o direito à tutela jurisdicional efetiva no âmbito coletivo, o que vem bem resumido no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis *todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*”.

Tudo isso permite a tutela dos mais diversos interesses coletivos ou de massa. A possibilidade de atuação “ampliada” do Judiciário na esfera coletiva não se restringe, se admitir-se ainda a separação, ao “direito público”, tocando também ao “direito privado”. Ou, em outros termos, tem pertinência com conduta de particulares, a “relações privadas”, não somente às práticas estatais. Isso é enfatizado em razão de que o processo coletivo-estrutural aqui pensado não trabalha somente, por exemplo, com questões ligadas a políticas públicas.¹³⁴ O que parece, todavia, é que o público é mais amplo e que aquela separação entre público e privado já não é (caso antes tenha sido) nítida, e o público vai além do estatal. Quando se está diante de um caso estrutural, de uma violação estrutural de direitos, tal cisão torna-se basicamente irrealizável. Se ela ainda é possível, o caráter estrutural e policêntrico dos problemas exige que sejam considerados públicos.

O sistema de tutela coletiva deu ensejo, na expressão de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, a uma “revolução processual do direito”.¹³⁵ Como já se anotou em texto escrito no final do século passado, nos anos 90 atualizou-se “a possibilidade de a emergente democracia brasileira se expressar pelo caminho tradicional das instâncias de representação política e pelas novas vias abertas pela Constituição para uma democracia participativa. Para tanto, concorreu uma série complexa de circunstâncias”, como “a crescente internalização, pelo Ministério Público, do seu papel nas ações públicas, quando, em muitos casos, atua como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, quer por influência de pressões democratizadoras externas a ele, quer por movimentos originários da

¹³⁴ Nesse sentido, talvez seja possível empregar a ideia de que tanto se pode ter a “judicialização da política” como “a judicialização das relações sociais”, v. VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 47 e ss e p. 147 e ss. Em ambas as hipóteses, podem ser levantadas críticas quanto à atuação do Judiciário, em termos, seja de legitimidade, seja de capacidade, embora maior discussão relacione-se comumente ao Poder Público. Ademais, há casos em que se tem o envolvimento tanto de atores ditos privados como públicos; por exemplo, quando o caso for pertinente a agências reguladoras e seu dever de fiscalização do serviço concedido.

¹³⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Ed.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.

própria corporação e, *last but not least*, as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil”.¹³⁶

Nesse cenário, não apenas o instrumental coletivo é amplo, como há diversas ações coletivas já ajuizadas que se relacionam com problemas estruturais, aproximando-se do objeto de estudo deste trabalho. Uma análise de processos coletivos demonstra que a própria atuação estrutural, ao menos em alguns aspectos, não é estranha à prática judiciária,¹³⁷ como se passa a ver.

2.1.2 Atuação jurisdicional e questões estruturais: alguns exemplos da prática judiciária brasileira

Um caso paradigmático nesse sentido é a já referida ACP do Carvão. Ela ainda será mencionada outras vezes, sendo relevante por ora dizer que se insere no contexto da degradação ambiental gerada pela mineração de carvão na região carbonífera de Santa Catarina, durante os anos de 1972 a 1989.¹³⁸ A ação coletiva foi ajuizada em 1993 e, atualmente, encontra-se em fase de efetivação.¹³⁹

Em primeiro grau, na sentença, proferida no ano 2000, determinou-se que fosse apresentado pelos réus um “projeto de recuperação da região que compõe a Bacia Carbonífera do Sul do Estado”, no prazo de seis meses, “[...] com cronograma mensal de etapas a serem executadas”, para que fosse executado “dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósito de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d’água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento”. Além disso, estabeleceu-se que as mineradoras ainda em atividade deveriam adequar suas condutas às normas ambientais. Após o

¹³⁶ VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, ob. cit., p. 42.

¹³⁷ Como bem nota ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 15 e ss.

¹³⁸ Veja-se que já em 1980 a região sul de Santa Catarina, por meio do Decreto Federal 85.206/1980, passou a figurar no rol do art. 8.º do Decreto Federal 76.389/1975, dispositivo que elenca “áreas críticas de poluição”. Não obstante, a atividade mineradora já acontecia há vários anos, especialmente a partir da 1.ª Guerra Mundial. Na sentença, há um breve histórico da exploração mineral da região, (v. n. 66, acima, com o respectivo *link*, p. 43-51).

¹³⁹ ACP n.º 93.80.00533-4/JFSC, 1.ª Vara Federal de Criciúma. A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Santa Catarina, a União, empresas carboníferas da região e diretores ou sócios majoritários destas. Há também outra ação civil pública, a ACP n.º 2000.72.04.003574-3/JFSC, que abrange danos ambientais posteriores a 1989, na área “Vila Funil”, a qual também é englobada pela primeira ACP, mas esta se restringiu à degradação relativa ao período de 1972 até aquele ano, conforme indicado no corpo do texto.

julgamento das apelações e dos recursos extraordinários *lato sensu*,¹⁴⁰ no que aqui é relevante, o cenário alterou-se em relação ao prazo, que para recuperação dos recursos hídricos passou a ser de dez anos, além de serem definidos com maior precisão os contornos da responsabilidade da União e das mineradoras.

Atualmente, há uma “execução principal”¹⁴¹ e, orbitando ao redor dela, outros procedimentos de implementação da decisão judicial específicos em relação aos diferentes réus. Tudo isso objetiva recuperar: “a) 5.098 hectares (distribuídos em 217 áreas); b) 818 bocas de mina abandonadas; [e] c) os recursos hídricos de três bacias hidrográficas (bacias dos rios Araranguá, Urussanga e Tubarão), incluindo as águas subterrâneas”. Em consonância com a complexidade do estado de degradação ambiental, envolvendo muitos agentes e uma área total bastante ampla, foram fixados diversos cronogramas e criado um fórum técnico para debater e fiscalizar as medidas executivas adotadas, o Grupo de Assessoramento do Juízo (GTA).¹⁴²

Despertam a atenção, analisando a aproximação adotada em relação à violação estrutural de direitos, o caminho percorrido para desenhar uma solução para o passivo ambiental, a duração do acompanhamento para elaboração e cumprimento dos planos de reparação ambiental e a forma como tal acompanhamento vem sendo feito. Conforme se relata, a efetivação da recuperação da área pode ser dividida em ao menos quatro fases: a primeira, de 2000 a 2004, que não contou com muitos avanços; a segunda, de 2004 a 2005, com a produção de material técnico, inclusive pelo Ministério Público Federal; a terceira, de 2006 a 2009, com adoção de estratégias e ações para reparar a região, englobadas aí a criação do mencionado GTA e a realização de audiências públicas; e a quarta, que se dá desde 2009, com a continuidade aos trabalhos, marcada pela “desburocratização” da atuação judicial – incluindo a realização de diversas inspeções e a criação de um site para conferir publicidade e transparência às atividades – e pela diminuição da litigiosidade de modo geral.¹⁴³ Conforme cronogramas estabelecidos, a recuperação ambiental ainda terá continuidade, a princípio, até 2020.¹⁴⁴

Quanto a problemas estruturais na área da saúde, diferentes exemplos de demandas coletivas que objetivam a reforma de instituições públicas poderiam ser trazidos. Para mencionar

¹⁴⁰ REsp 647.493/SC e RE 612.592/SC, sendo que este não foi conhecido; houve, antes, ainda, negativa de liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, na AC 3.437/SC.

¹⁴¹ Cumprimento de Sentença n.º 2000.72.04.002543-9/JFSC.

¹⁴² Essas e outras informações estão disponíveis no site criado especificamente para a ACP do Carvão: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>>.

¹⁴³ O relato em que se descrevem essas fases e que aqui é tido como base foi escrito no site da ACP no segundo semestre de 2012.

¹⁴⁴ Há cronogramas disponíveis em: <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/areas_degradadas/>.

um, tem-se uma ação civil pública que foi ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em 2002, visando ao fornecimento, pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro, de medicamento para as pessoas economicamente hipossuficientes.¹⁴⁵ Logo no início, foi realizada uma audiência, a qual contou com a participação das partes e da Defensoria Pública e resultou em um acordo para criação de “central de atendimento para os necessitados de medicamentos”, para possibilitar o fornecimento dos remédios no âmbito administrativo.¹⁴⁶ São interessantes dois aspectos.

O primeiro é que desde logo foram percebidas a complexidade do problema e a necessidade de participação da própria Administração Pública para “operacionalizar o fornecimento de remédios de maneira mais eficaz”.¹⁴⁷ O segundo é justamente a solução criativa que se encontrou em tal momento. Conforme relato do próprio juiz: “Chamei todos os componentes para uma decisão factível e operacional [...]. A construção da central foi uma idéia dali do momento, seria um acordo para ser cumprido espontaneamente. Então eu mandei que eles [representantes do Estado e do Município] assinassem uma carta de intenções com prazos determinados e juntamente emiti a liminar”.¹⁴⁸

Prosseguindo no campo estrutural, há também a recente ação civil originária, de competência do Supremo Tribunal Federal, relativa ao abastecimento do Sistema Cantareira de São Paulo com água do Rio Paraíba do Sul.¹⁴⁹ O Ministro Luiz Fux designou desde logo uma “audiência inaugural de mediação”, considerando, conforme consignado na decisão monocrática proferida em 03/11/2014, “imprescindível diálogo propositivo entre os estados da federação diretamente afetados pelo problema, especialmente porque todos os entes envolvidos buscam um

¹⁴⁵ ACP n.º 0132216-49.2002.8.19.0001, 8.ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, Rio de Janeiro. Recentemente, foi proferida sentença de extinção da fase de cumprimento, decisão disponível em consulta ao site do TJ/RJ (www.tjrj.jus.br) e que traz um panorama do andamento processual. Porém, pendente a respectiva apelação até a finalização deste trabalho.

¹⁴⁶ Obviamente, a criação da central nos âmbitos estadual e municipal não foi imediata (a instalação havia sido determinada para que ocorresse até 30/11/2002) nem conseguiu atender a todas as necessidades de modo que não houvesse mais o ajuizamento de demandas individuais. Não obstante isso e os problemas trazidos pelas ações individuais, a efetividade de reformas estruturais não pode ser analisada somente na perspectiva estreita do cumprimento do “comando” da decisão (v., nesta parte, capítulo 3, item 3.1.11).

¹⁴⁷ Como consignado na decisão de designação da audiência.

¹⁴⁸ Conforme entrevista realizada, em abril de 2004, por VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. **Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005, p. 794. Para o magistrado, essa seria uma situação em que “é melhor construir a decisão de forma negociada”.

¹⁴⁹ É a ACO 2.536, originalmente ajuizada como ação civil pública, mas remetida ao STF por envolver conflito federativo.

mesmo objetivo: a melhor maneira de fornecer água para as suas populações”.¹⁵⁰ Ademais, foi determinado que houvesse comunicação à Presidência do Supremo, “com o propósito exclusivo de que possa avaliar a conveniência de criação de um órgão na estrutura desta Corte, à semelhança do que já ocorre em tribunais estrangeiros, com o escopo precípua de propiciar um ambiente de diálogo e mediação entre os litigantes quando se estiver diante de questões de elevada envergadura, tal como na hipótese de graves conflitos entre os entes da federação”.¹⁵¹ Também nesse caso, mostra-se proveitosa a postura tendente ao diálogo e à colaboração entre os envolvidos, na busca de possíveis soluções para o problema, sem emprego da lógica bipolar, percebendo-se que o conflito não é bilateral e que a dinâmica adversarial não seria adequada à situação concreta.

Por fim, para finalizar a sequência de exemplos,¹⁵² vale fazer referência a mais dois casos, que também têm ligação com problemas estruturais, relativos às condições prisionais e ao regime de cumprimento de pena.

Em 10/09/2014, foi ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal contra a União e o Estado do Paraná, com o fim de garantir a integridade física e a saúde dos presos custodiados na Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, diante da superlotação e das condições precárias da carceragem, entre outros fatores.¹⁵³ O processo é recente, mas certamente o mesmo adjetivo não serve para a situação material, lá e em outros tantos estabelecimentos. O interessante, além de a questão ter sido apresentada como um problema estrutural, foi a percepção, pelo próprio MPF, de que a imediata desativação do local não seria possível, devendo

¹⁵⁰ Essa compreensão, aliás, reflete o que já se falou no início, que para os casos estruturais a racionalidade da culpabilização não é adequada, devendo-se, isso sim, aliar esforços para encontrar e efetivar possíveis soluções. Foram chamadas as seguintes autoridades para participar da audiência: Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, Governador do Estado de São Paulo, Procurador-Geral do Estado de São Paulo, Governador do Estado do Rio de Janeiro, Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Governador do Estado de Minas Gerais, Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, Ministra de Meio Ambiente, Presidente da Agência Nacional de Água, Presidente do IBAMA e Presidente do Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP.

¹⁵¹ A audiência foi realizada e, entre outros pontos acordados, ficou estabelecido que “as partes concordam com a suspensão deste processo e da ACO no 2.550 até 28/02/2015, prazo dentro do qual as partes acostarão aos autos o acordo a ser firmado contendo os parâmetros técnicos para o enfrentamento da crise hídrica na região Sudeste” (decisão monocrática do Min. Luiz Fux, em 27/11/2014).

¹⁵² E outros ainda podem ser encontrados em ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 15 e ss. Também, mencionando, entre outros, casos envolvendo o Estatuto da Criança e do Adolescente, v. VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, ob. cit., p. 160-162, sendo que as ações estariam sendo direcionadas a “(i) obrigar diversos municípios a construírem abrigos para menores, (ii) redesenhar judicialmente as condições de trabalho em instituições ligadas aos objetivos do Estatuto, ou (iii) ordenar o redirecionamento de instalações públicas para fazer frente a necessidades distintas ligadas à proteção do menor”.

¹⁵³ ACP n.º 5019363-91.2014.404.7001/JFPR, 4.ª Vara Federal de Londrina.

o tratamento ser outro; não o do “tudo-ou-nada”¹⁵⁴. Foi pedido que os réus elaborassem um plano para “desativação total da custódia na Delegacia da Polícia Federal de Londrina e incremento real de vagas para presos federais no sistema penitenciário local, com metas e cronograma, para a gradual solução do problema”, plano este que deveria ser implementado em até oito meses, o que foi acolhido em antecipação de tutela.

O segundo caso é o de um habeas corpus coletivo (não simplesmente com um conjunto de pacientes específicos, mas com beneficiários *indeterminados*) impetrado pela Defensoria do Estado de São Paulo, pretendendo, liminarmente, “determinar que os sentenciados formalmente em regime semiaberto, mas que permanecem no CDP [Centro de Detenção Provisória] II de Osasco, cumpram sua pena em prisão albergue domiciliar até o surgimento de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto”. A questão da manutenção de presos em um regime mais gravoso já havia sido objeto de audiência pública realizada no próprio Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário 641.320, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida.¹⁵⁵ Considerando isso e “a repercussão e a complexidade do caso” (além de que seria “manifestamente satisfativa”), foi negada a liminar.¹⁵⁶ O julgamento final do *habeas corpus* ainda não ocorreu, tampouco daquele recurso. De todo modo, e não obstante haja controvérsia sobre o emprego da via escolhida, serve para exemplificar as questões que têm chegado ao Judiciário e que bem se enquadram como casos a serem conformados como estruturais, indo além de decisões pontuais e individuais ou até mesmo paliativas, para terem uma busca de soluções proporcionalmente efetivas, na linha do exposto no primeiro capítulo.

2.1.3 Problemas estruturais sem processo coletivo-estrutural: para onde estamos indo?

Não obstante possam se encontrados na prática judiciária processos de viés estrutural (ao menos em algumas de suas facetas), muitas vezes com a construção de técnicas processuais pelos

¹⁵⁴ V. ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 22.

¹⁵⁵ Não somente essa questão envolvendo o sistema carcerário chegou ao STF, aliás. A problemática ainda guarda relação, por exemplo, com a discussão acerca da configuração de dano extrapatrimonial ao preso submetido a condições degradantes, pensando em uma tutela repressiva reparatória, diferentemente daquela que, como no exemplo anterior da Delegacia de Polícia Federal de Londrina, visa a uma reforma institucional para alterar o cenário que apresenta tais condições. V., acima, n. 44 (RE 580.252) e, ainda, também quanto à controvérsia do dano extrapatrimonial, a ADI 5.170, de relatoria da Min. Rosa Weber. Inserido na problemática, ademais, há o RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, com repercussão geral reconhecida, relativa à “competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos”.

¹⁵⁶ STF, HC 119.753 MC/SP. Rel. Min. Luiz Fux, d. 24/10/2013, DJe 25/10/2013.

próprios participantes,¹⁵⁷ o que ainda predomina no processo coletivo é outra lógica, ligada ao processo tradicional (individual), em que sua construção se alicerçou, processo este que tem por base determinada concepção da “separação dos poderes” e uma visão individualista dos direitos e dos respectivos conflitos.

Não raras vezes – e não somente na seara coletiva –, a resposta do Judiciário redundava em afirmar que este não pode adentrar questões de competência “privativa” e “discrecional” do Executivo (falando-se até mesmo em “‘liberdade’ discrecional” do administrador), em situações em que se depende de atuação da Administração Pública, ou que não pode fazer-se legislador. Ocorre que, na linha do que já foi dito, a Constituição não apenas fortaleceu o sistema de tutela jurisdicional coletiva, conferindo-lhe o *status* de direito fundamental, como ocasionou ou impulsionou a “judicialização da vida pública”¹⁵⁸ em diferentes dimensões. Parece inegável que ela é um pilar fundamental desse fenômeno,¹⁵⁹ não se podendo entender que a “judicialização” derive, pura e simplesmente, de uma “vontade” do Judiciário (ou mais propriamente de seus membros) de se “sobrepor” aos demais poderes ou “invadir” as esferas que lhes seriam “privativas”.¹⁶⁰

Além disso, quanto às marcas daquela racionalidade presentes especificamente na tutela coletiva, pode mencionar-se, primeiramente, a utilização em processos coletivos calcados no modelo “comando-e-controle”, em que os juízes e tribunais passam a atuar mais ativamente, mas com a emanção de ordens construídas de maneiras isolada (e vertical) e, até mesmo por isso,

¹⁵⁷ Não existe em nossa legislação a previsão de um procedimento específico adequado aos casos estruturais nem técnicas especificamente pensadas para tanto, de modo que os processos que lidam com esse tipo de litúgio, e tentam conferir uma adequada prestação jurisdicional, acabam por ter a construção do procedimento pela própria iniciativa do juiz e dos demais participantes. Ainda, veja-se que não é algo que necessária e unicamente decorra só das decisões judiciais, mas, muitas vezes, coloca-se como uma implicação de como a própria demanda é formulada, até porque, como se verá logo abaixo, ainda paira no imaginário de muitos que lidam com o processo que o nosso sistema, em geral, seria (e deveria ser, para alguns) rigorosamente baseado no “princípio da demanda” e em seus correlatos, como a regra da congruência.

¹⁵⁸ VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, ob. cit., *passim*. E também privada, se se quiser manter a diferenciação, e isso para além dos “conflitos privados” com que o Judiciário sempre lidou, mas com a “juridicização” e correlata “judicialização” de vários outros aspectos da vida, como no caso das relações de parentalidade e filiação.

¹⁵⁹ Ibid., p. 151, entre outras. Também: “Quando a Constituição afinal toma forma, a sociedade tem diante de si um complexo aparato novo com o qual pode mobilizar o Judiciário a fim de procurar cumprir o seu programa democrático e de mudanças sociais.” (VIANNA, Luiz Werneck. *Judiciário Constituição e democracia no Brasil. Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, dez. 2010, p. 35).

¹⁶⁰ Aponta-se, inclusive, que, “no Brasil, os institutos da revolução processual procederam da intervenção do Poder Legislativo – mais particularmente do momento de sua maior expressão, a Assembléia Nacional Constituinte –, não derivando, pois, de qualquer tipo de ativismo judicial. Foi, portanto, o legislativo que mobilizou o Judiciário a fim de cumprir o papel de *tertius* nas relações entre os Poderes, assim como foi ele quem decidiu em favor dos novos papéis da representação funcional” (VIANNA, L. W.; BURGOS, M. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*, ob. cit., p. 390).

muitas vezes não dotadas de efetividade. Tal modelo é insatisfatório, especialmente por deixar de lado um aspecto fundamental dos conflitos estruturais, a policentria, além de outras características desses litígios, como a causalidade complexa e a própria factibilidade da decisão.¹⁶¹

Outra marca é a ideia de que o juiz ainda estaria vinculado ao conhecido “princípio da demanda” e ao correlato “princípio da congruência” entre aquela e a sentença (sem mencionar a própria estabilização da demanda). Se já é discutível que tais princípios sejam de aplicação rigorosa no próprio processo individual,¹⁶² isso é ainda mais problemático em processos coletivos, intensificando-se nos casos estruturais.

Por ora,¹⁶³ basta imaginar uma situação. É ajuizada uma ação coletiva contra um município, frente à violação, em determinado hospital, da regra de contratação de funcionários por meio de concurso público,¹⁶⁴ pedindo o legitimado coletivo que seja feita a imediata regularização da contratação, com a dispensa do pessoal indevidamente contratado – afinal, não poderia continuar havendo violação da norma constitucional.

Nesse cenário, com fundamento na necessidade de a sentença refletir a demanda, o juiz poderia *acolher ou rejeitar* o pedido de dispensa imediata, para posterior preenchimento das vagas com concurso público. Não é difícil perceber que ambas as hipóteses são problemáticas. Por um lado, o acolhimento pode gerar a interrupção parcial ou total das atividades. Se reduzir o atendimento de um hospital ou até fechá-lo já tem consequências negativas para a população usuária, imagine-se se for o único da localidade. Igualmente, a improcedência, visando à proteção do direito à saúde, ocasiona prejuízo, especificamente o de permitir a manutenção de uma situação de evidente inconstitucionalidade. Vê-se, aí, a perplexidade que pode ser gerada se forem aplicados (ou aplicáveis) de forma absoluta aqueles princípios.¹⁶⁵

¹⁶¹ “Command-and-control regulation is the stereotypical activity of bureaucracies. It takes the form of comprehensive regimes of fixed and specific rules set by a central authority. These rules prescribe the inputs and operating procedures of the institutions they regulate.” (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004, p. 1.019). Esse modelo, em cotejo especificamente com o experimentalista, é retomado no capítulo 4, item 4.1.2, da parte II.

¹⁶² V. ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 04 nov. 2011.

¹⁶³ A relação entre demanda e processo coletivo-estrutural é trabalhada na parte II, capítulo 5, item 5.1.1.

¹⁶⁴ A hipótese se assemelha ao caso do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná, trabalhado por ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 18-21; **A tutela coletiva de interesses individuais**: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 358.

¹⁶⁵ V. ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 2 e ss. Também no processo individual, a escolha entre os dois extremos pode causar perplexidades e, assim, trazer respostas insatisfatórias, mas a preocupação no presente trabalho é com o processo coletivo.

Outro indício de uma inadequada compreensão ou utilização do processo coletivo está na separação entre “ação civil pública” e “ação civil coletiva” (artigos 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor), entendendo parte da doutrina que para a proteção coletiva de direitos individuais só seria possível um processo coletivo resultar em uma sentença condenatória genérica ou que, mesmo aceitando outras espécies de provimento, apenas a fase cognitiva poderia ser coletiva, de modo que a efetivação da decisão seria permitida apenas por meio de execuções individuais.¹⁶⁶

Ficará mais claro adiante,¹⁶⁷ mas já parece possível notar que, em litígios estruturais, muitos deles pertinentes a direitos individuais, não somente a “direitos difusos” ou “direitos coletivos em sentido estrito”, uma separação precisa entre conhecimento e execução é inviável, assim como a restrição à condenação ao pagamento de soma em dinheiro.¹⁶⁸ Na hipótese de violações estruturais de direitos, isso é bastante claro. Como visto, tais violações decorrem de inúmeras práticas e dinâmicas, não de uma conduta única e bem definida. Não adianta, em tal cenário, pensar em termos individuais; é necessário lidar com a situação como um todo para ter chances reais de alterá-la. As imbricações de interesses fazem necessária a análise “global”, e obviamente isso não somente em termos de “cognição”, como se bastasse em abstrato ou genericamente definir o que deve ser feito, sem preocupar-se com *se* e *como* se dará a efetivação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, a propósito, outro problema é que, agravando ainda mais esse panorama, insiste-se em tratar muitas questões que são complexas e policêntricas em ações *individuais*. Acabou-se criando um imaginário de um “juiz-herói”¹⁶⁹, socorrendo-se a população do

¹⁶⁶ Sobre a distinção entre “ação civil pública” e “ação civil coletiva”, v., p. e., ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, p. 37-43, abr./jun. 1995. Para uma análise crítica, rejeitando a diferenciação restritiva da tutela coletiva de direitos individuais, v. ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 159-172; **A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as Demandas Ressarcitórias em Pecúnia**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 12 jan. 2012, p. 11-12; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Direitos Individuais Homogêneos: sentença, liquidação e execução nos processos coletivos**. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/209191/artigo_aluisio.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2012, p. 4-6; VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 93-94. Ainda, demonstrando a relevância de questões culturais para a inefetividade da tutela coletiva, v. ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 61-79, e, sobre as possíveis formas de tutela de direitos individuais, p. 294-309.

¹⁶⁷ V. parte II, capítulo 6.

¹⁶⁸ Embora em termos individuais não esteja excluída uma indenização, se for o caso, a tutela ressarcitória em pecúnia é de patente insuficiência para tratar *proporcionalmente* o problema, isto é, também em termos estruturais.

¹⁶⁹ VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, ob. cit., p. 152 (ou terceira parte, I). O juiz muitas vezes é colocado diante de uma “encruzilhada”, como relatado pelo magistrado da ACP das centrais de medicamentos acima mencionada (item 2.1.2): “Fizeram uma espécie de ‘panelaço’ na minha porta. Por onde eu andava vinha alguém querendo falar comigo. Eles fizeram uma pressão política e, mais que isso, foi

Judiciário para atendimento de suas expectativas. Uma dimensão evidente disso se tem no âmbito da saúde. Há o ajuizamento de inúmeras demandas individuais para fornecimento dos mais diversos medicamentos e tratamentos para as mais variadas doenças, por exemplo.

Assim, nesse campo – mas não só –, muitas vezes, um problema que a rigor é policêntrico, com todas as implicações antes vistas, acaba sendo conformado no processo judicial como um caso individual, enquanto o adequado seria que fosse tratado como um *caso estrutural* (e, portanto, coletivo, na linha aqui seguida).¹⁷⁰ Isso ocasiona, basicamente, distorções em dois sentidos. Primeiro, porque o tratamento apropriado é o coletivo, dadas as características do problema estrutural, acabam gerando-se quebras de isonomia, além da possibilidade de prejudicarem-se políticas públicas eventualmente existentes. Em segundo lugar, acentuando a falta de isonomia, tem-se que quem consegue ter acesso ao Judiciário, obtendo individualmente determinada vantagem, não necessariamente é quem mais precisa¹⁷¹.

As distorções podem ser percebidas pelo fato de que, se a mesma questão é levada ao Judiciário em termos coletivos, a resposta tende a ser outra, mais “cautelosa” do que quando o pedido é pertinente somente a um ou poucos indivíduos em litisconsórcio, justamente porque se visibiliza a complexidade do problema.¹⁷²

psicológica e moral [...]. Soube de pessoas que haviam falecido esperando os medicamentos, então eu fiquei numa encruzilhada entre Dom Quixote e Pôncio Pilatos” (VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre Princípios e Regras, ob. cit., p. 795).

¹⁷⁰ Vale lembrar: “O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais – normalmente entre um credor e um devedor – para a área dos direitos sociais. [...] um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários.” (SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 588).

¹⁷¹ V., sobre a questão, p. e., WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. 104p (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹⁷² Notando isso, p. e., SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014, p. 35-36. Cita, para corroborar, entendimento sustentado pela Ministra Ellen Gracie, na decisão da STA 185/DF, DJ 04/12/2007 (STF): “deve-se adotar uma análise tópica, ‘caso-a-caso’, em detrimento da tutela coletiva, uma vez que esta repercute ‘na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas’, o que caracterizaria ‘grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional.’” (Ibid., p. 35, n. 100). Ainda, Sarmento anota: “Nas ações individuais, o raciocínio judicial deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz ‘tapar o sol com a peneira’, e conceder ‘com o coração’ qualquer prestação demandada” (Ibid., p. 36). Uma resposta “mais cautelosa” no âmbito coletivo faz, então, todo sentido, justamente porque se nota a complexidade e tornam-se visíveis as possíveis repercussões (positivas ou negativas) da decisão.

Em pesquisa empírica relativa aos anos de 2010 a 2012,¹⁷³ verificou-se, dentro dos limites metodológicos estabelecidos, que 93,2% das ações individuais envolvendo direito à saúde abrangidas tiveram sentença de primeira instância de procedência, enquanto, das ações coletivas encontradas, um terço não teve o mérito julgado, outro obteve julgamento de improcedência e outro contou somente com parcial procedência.¹⁷⁴ Evidentemente, uma análise qualitativa seria necessária para investigar os fundamentos, especialmente, das decisões coletivas, mas os números parecem ilustrar o problema, bem como indicar a incongruência entre decisões que respondem a demandas coletivas e a individuais.

Ademais, na pesquisa também foi notada a grande disparidade quantitativa entre ações individuais e coletivas: 90,28% dos acórdãos analisados foram classificados como pertinentes a ações individuais, enquanto somente 0,45% como relacionados a demandas coletivas – isto é, apenas *três* – (além dos 9,26% de “ações pseudocoletivas”, como se colocou).¹⁷⁵ Também quanto a isso poderia ser feita uma ressalva, no sentido de que, olhando apenas estatisticamente, não se sabe a abrangência das poucas ações coletivas (elas poderiam estar fazendo as vezes de inúmeras ações individuais) nem se as demandas individuais apresentam particularidades que inviabilizariam a coletivização. Porém, considerando como o nosso sistema de processo coletivo é operado, bem como sua relação com o processo individual, a gritante diferença quantitativa provavelmente demonstra a preferência que se tem pela via individual, em detrimento das vantagens que podem ser obtidas com o uso de ações coletivas (acesso à justiça, economia processual, efetividade, isonomia, racionalidade da solução, entre outras).

Pelo exposto até aqui, é possível ver que, embora problemas estruturais cheguem ao Judiciário e se tenha um amplo instrumental de tutela coletiva, não necessariamente aqueles têm sido tratados da maneira mais adequada, nem este tem sido utilizado em toda a sua potencialidade. Tais problemas são “judicializados”, mas muitas vezes não são postos como tais, ou seja, sem se fazer perceber sua dimensão ou serem construídos como casos estruturais, preferindo-se análises e medidas pontuais. Para além da utilização do processo individual, isto é, ainda que não deixem de ser abarcados também em ações coletivas, não se tem um modelo de processo adequado aos litígios estruturais. O primeiro passo é, certamente, encará-los dessa

¹⁷³ CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS; CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA APLICADA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**: Relatório de pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf>.

¹⁷⁴ A pesquisa abrangeu três tribunais, e os números aqui indicados referem-se ao universo das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo analisadas.

¹⁷⁵ Igualmente, os números referem-se ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

forma,¹⁷⁶ mas isso não é feito de maneira isolada do modelo processual adotado ou das técnicas processuais disponíveis.

Por exemplo, o “princípio da demanda”, com os seus correlatos, pode impedir que um caso – mesmo que desde o início posto como coletivo – desenhe-se como coletivo-estrutural ou que consiga alcançar resultados factíveis. Ademais, é possível que tampouco sejam considerados os diferentes interesses afetados pela situação. Se o processo é calcado em uma bipolarização do conflito, os contornos que o litígio ganha tendem a adaptar-se a tal configuração, deixando aqueles inúmeros interesses de lado – inclusive, não raras vezes, os variados interesses existentes dentro do próprio grupo que se considera titular dos direitos violados –, pois se trabalha processualmente, em regra, com o autor e com o réu, supondo-se tanto que há uma unidade naquela coletividade como que essa imaginada unidade corresponde ao que é defendido pelo legitimado coletivo em juízo. O cenário é muito mais complexo do que isso nos litígios estruturais.

Os problemas estruturais, que são policêntricos e complexos, não podem ser simplesmente afastados do Judiciário, não somente em razão do que está previsto no texto do art. 5.º, XXXV, da Constituição (abrigando o acesso à justiça, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a “inafastabilidade da jurisdição”), mas porque há uma conjunção de fatores, fortalecida pela Constituição em variados aspectos, conjuntamente com um aparato de processo coletivo bastante amplo. Parece não ser possível ignorar que a ampliação da atuação do Judiciário não é decorrente puramente de previsões normativas ou de um “voluntarismo” judicial, mas um fenômeno político-social,¹⁷⁷ de difícil reversão.¹⁷⁸ Nesse sentido, para concluir, uma analogia é interessante.

¹⁷⁶ Não, portanto, no sentido de coletivos como simples agregação, muito menos como individuais, para que então sejam utilizadas as formas de tutela e as técnicas processuais adequadas.

¹⁷⁷ Como exemplo de que a conformação normativa por si não é suficiente para que determinado fenômeno ocorra, há a comparação trazida por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho entre o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, que, apesar de terem competências equivalentes estabelecidas na Constituição e terem editado “normas idênticas”, têm tido desempenhos distintos: “O CNJ, agora mais que nunca, vive sob os holofotes, punindo magistrados, envolvendo-se em polêmicas, ‘comprando brigas’ com o Judiciário. O CNMP, por sua vez, é desconhecido de boa parte da população brasileira. Sabe-se muito pouco sobre o que ele faz. A suspeita é de que o CNMP esteja tendo um papel muito mais tímido no Ministério Público do que o do CNJ no Judiciário”. E uma possível resposta para a diferença seria que “a configuração e a consistência das políticas públicas seriam determinadas pela conjunção do desenho institucional fixado nas normas e nos atos jurídicos com o desempenho dos organismos estatais a elas ligados” (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito e políticas públicas: dois mundos?* In: Idem (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.45-79, p. 63).

¹⁷⁸ Isso não quer dizer que o caminho tenha que continuar sendo seguido nos mesmos termos, muito pelo contrário.

Quanto ao pluralismo jurídico, Antonio Manuel Hespanha aponta que é “um facto, antes mesmo de ser ou um ideal ou um perigo; ele já existe e já é reconhecido como o atual modelo de manifestação de direito. Isto obriga a repensar tradicionais formas de identificar (ou circunscrever) o direito.”¹⁷⁹ De maneira semelhante, também a “judicialização” ou atuação do Judiciário em campos que são ditos “políticos”, ou de um modo mais amplo “alheios” a ele, é uma realidade que, primeiro, não pode ser negada. É uma trilha iniciada. Segundo, é, até por conta disso, imperativo repensar a forma como essa atuação tem se dado, considerando a inadequação do tratamento geralmente conferido. Cabe questionar qual é a tutela jurisdicional que realmente se quer prestar nesses casos; para onde se está indo com a utilização do processo individual ou, ainda, de um processo coletivo cuja bipolarização é incompatível com esse tipo de litígio. Isso também engloba uma reflexão acerca das premissas teóricas que são usualmente utilizadas para analisar aquele fenômeno, porque a depender do que se adote derivam diferentes conclusões e distintos modelos de processo. Por isso, os itens seguintes tratam do nosso arranjo institucional e da necessidade de ser repensado o próprio conceito de jurisdição.

2.2 Notas sobre o arranjo institucional no contexto brasileiro contemporâneo

Pensar no nosso arranjo institucional tem reflexos na própria ideia que se tem do processo e da atividade jurisdicional, bem assim é útil para ao menos relativizar algumas críticas à atuação estrutural aqui estudada.

O que foi dito a respeito da realidade forense, assim como das previsões normativas a respeito da participação do Judiciário em campos que a princípio não lhe seriam “próprios”, direciona a reflexão para os pressupostos e premissas teóricos adotados e muitas vezes tidos como imutáveis ou como a configuração “natural”. O Judiciário depara-se com casos que fogem da lógica tradicional que marca o processo civil: basicamente, não são relativos a disputas que se colocam entre dois polos, ainda que *prima facie* assim se apresentem.¹⁸⁰ Esses casos não têm

¹⁷⁹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 63.

¹⁸⁰ Pode ter essa aparência, seja porque é conformado como individual, seja porque, mesmo que construído como um litígio coletivo, é visto muitas vezes como uma disputa entre o réu e o legitimado coletivo, no sentido da bipolarização referida ao longo deste trabalho. E, de fato, é de ser questionado: “Nesse contexto [e o autor refere-se a temas de justiça distributiva], quem é parte adversa, a parte contrária, o réu nos processos judiciais? Mesmo que se apresentem alguns réus determinados (o Estado, uma agência governamental, uma federação de patrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada), o que está em jogo é, muitas vezes, algo que diz respeito à organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e poder Judiciário: ou a virtude confronta a instituição*. **Revista USP**, n. 21, p. 27-28).

como ser simplesmente afastados do Judiciário, como dito, o que certamente é uma boa razão pragmática para se repensar o processo.¹⁸¹

Ademais, deve notar-se que as mudanças relacionam-se não apenas com a atuação do Judiciário. O Executivo tampouco está “parado no tempo” e sequer se tem a mesma relação entre Estado e economia ou Estado e sociedade ou agentes econômicos. Em termos nacionais, a partir de 1990, quando da desestatização de diversos setores, a regulação econômica ganhou contornos distintos, mais estruturais.¹⁸² Observando a partir da perspectiva do “Estado regulador”, o que se passa a ter é a integração do Estado e da economia, não mais o Estado de um lado e o campo econômico de outro – e aquele alheio a este (“interventor” quando atua).¹⁸³ O que haveria, então, é “*oposição dialética* entre o papel constitucionalmente atribuído ao Estado e às pessoas privadas na economia, desenvolvida num processo dinâmico que admite meio termo e se caracteriza pela prévia indeterminação analítica de funções”.¹⁸⁴

Nessa linha, a própria ideia de regulação ganha maior amplitude, não se restringindo a um instrumental normativo, produzido pelo Estado, por meio do qual procura disciplinar a atividade econômica “dos particulares”. De maneira mais larga, “regulação” engloba também outras ações estatais (por exemplo, a endorregulação com criação de empresa para incremento da concorrência) e até mesmo não estatais ou não completamente estatais, como no caso de normatização pelos próprios destinatários (autorregulação ou até correção¹⁸⁵).¹⁸⁶ Em tal contexto, portanto, para atingir o fim regulatório, conta-se com um leque maior de técnicas: o objetivo da política regulatória não necessariamente é e será atingido de modo mais eficiente, adequado e efetivo pela forma clássica de regulação. Fala-se, também, em “contratualização” da

¹⁸¹ “In law, reality is not a footnote to theory or an appendix to the ideal. The claims of reality are a central intellectual imperative as much as a practical one.” (GEWIRTZ, P. Remedies and Resistance, ob. cit., p. 680). Ademais, como salienta Neil Komesar: “Nations around the world [...] must face the reality of societal institutions operation at high numbers and complexity. The Rule of Law depends on the workings of the courts and these courts cannot be assumed to be frictionless black boxes big enough and able enough to deliver society’s need for clarity, stability, and protection against the excesses of government.” (KOMESAR, Neil K. **Law’s Limits: the rule of law and the supply and demand of rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 173).

¹⁸² V. MOREIRA, E. B. Qual o futuro do Direito da regulação no Brasil?, ob. cit., p. 108.

¹⁸³ Quanto ao termo *intervenção*, v. n. 123, acima.

¹⁸⁴ MOREIRA, E. B. Qual o futuro do Direito da regulação no Brasil?, ob. cit., p. 109. É a superação “da lógica do *ou-ou*”: ou Estado ou domínio econômico (Ibid., p. 108).

¹⁸⁵ Essa técnica “combines binding legislative and regulatory action with actions taken by the actors most concerned, drawing on their practical expertise” (MAJONE, Giandomenico. The transformation of the regulatory State. **Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione**, 2010. Disponível em: <http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014, p. 20-21).

¹⁸⁶ Sobre a “nova regulação econômica”, impulsionada pela Constituição, v. MOREIRA, E. B. Qual o futuro do Direito da regulação no Brasil?, ob. cit., p. 125 e ss.

regulação, para indicar que é possível regular ou governar por meio de contratos.¹⁸⁷ Nesse sentido mais abrangente, reconhece-se que o próprio “Estado regulador” já sofreu alterações ao longo do tempo.¹⁸⁸

Ainda, é interessante notar, em relação a essa nova visão das possíveis ações regulatórias, que se pode ter a interação entre atores públicos e privados, abandonando uma visão hierarquizada, em que há a “Administração Pública” de um lado e o “*súdito*” (ou “*administrado*”) de outro, assim como, no âmbito jurisdicional, às vezes se faz referência a juiz e “*jurisdicionado*”. A diferença não é simplesmente terminológica, mas de significação. O que há é *ator* ou *agente*, ou seja, não é objeto; desempenha um papel, está em atividade.¹⁸⁹

Especificamente quanto às ações coletivas, é possível afirmar que, “[n]a atual mobilização do Judiciário para uma agenda de sentido social”, elas “constituem território particularmente importante, pois, a partir delas, novas arenas de conflitos coletivos são criadas, contrapondo indivíduos e grupos sociais, organizados ou eventuais, ao Estado e às empresas, exigindo novas formas de regulação democrática”.¹⁹⁰ Exigem-se outra democracia e outro direito, liberados de construções não consentâneas com as crescentes complexidade e dinamicidade da contemporaneidade.¹⁹¹

¹⁸⁷ V. MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública**, v. IV. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 5-18; GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 127. Fazem parte desse cenário os contratos a longo prazo, que ganham a configuração de “contratos incompletos” (“A *complete contract* is an agreement which specifies precisely what each partner is to do in every possible circumstance, and arranges the distribution of benefits and costs in each contingency so that each party finds it optimal to abide by the contract’s terms. [...] Limited foresight, imprecise language, the cost of calculating solutions, and the cost of writing down an extremely detailed plan of action, mean that not all contingencies can be foreseen, or specified with sufficient precision. In short, most contracts, and certainly all long-term contracts, are incomplete.” MAJONE, G. The transformation of the regulatory State, ob. cit., p. 23-24). Esses contratos a longo prazo – e, assim, incompletos – têm correspondente análogo no processo coletivo-estrutural, haja vista que também não há como a decisão ou negociação – uma só e no início – regular tudo o que virá.

¹⁸⁸ V. MAJONE, G. The transformation of the regulatory State, ob. cit., *passim*. Utiliza-se, até mesmo, a expressão “Estado pós-regulador” para referir a possíveis desenhos contemporâneos, com afastamento do monopólio normativo estatal e do controle com ênfase hierárquica. V., p. e., SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State. **National Europe Centre Paper No. 100**, Australian National University, jun. 2003.

¹⁸⁹ V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011, p. 74.

¹⁹⁰ VIANNA, L. W.; BURGOS, M. Revolução processual do direito e democracia progressiva, ob. cit., p. 484. Ainda: “Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça” (HESPANHA, A. M. **Pluralismo jurídico e direito democrático**, ob. cit., p. 81).

¹⁹¹ “[...] o mundo mudou, também no domínio da política e do direito; por razões que se ligam à evolução científica e tecnológica, mas também em virtude de uma nova valorização da diversidade e do pluralismo das sociedades. Da

As coisas, portanto, são muito mais complexas, de modo que ficar preso a construções dos séculos anteriores como se fossem imutáveis ou fossem a construção “pura” é insuficiente. O contexto é outro, passando a mudança pela própria configuração do Estado, um Estado não simplesmente “de Direito”, com ênfase no Legislativo, assim como pela sua relação com a sociedade, relação esta muitas vezes vistas como um antagonismo insuperável. Nesse sentido, “[e]m torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública externa ao circuito clássico ‘*sociedade civil - partidos - representação - formação da vontade majoritária*’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular”,¹⁹² sem espaço para o “mito de Montesquieu”¹⁹³.

Se não é possível, por um lado, delinear uma nítida separação entre os três ramos ou que eles fiquem confinados a um campo específico, tampouco é, por outro, viável simplesmente pensar que “a prática estaria errada”, já que, com sua complexidade e dinamicidade, “não se encaixa na teoria”. As teorias que supostamente conformam a relação entre os poderes precisam ser questionadas. Elas são adequadas para as características do contexto contemporâneo? A realidade é que se deve adaptar à teoria ou devem ser repensadas as premissas teóricas a partir das quais é analisada a dinâmica entre as diferentes instituições? Ao que parece, não se deve tentar encaixar a atual dinâmica e toda sua complexidade em teorias estanques ou compreendidas de modo estanque, mas pensar em outras que sejam com aquela compatíveis. Nesse sentido, para investigar o desempenho dos diferentes poderes e as interações entre eles, é interessante a análise institucional comparativa¹⁹⁴.

Essa análise aponta para a necessidade de serem cotejados os pontos fortes e fracos de diferentes processos de tomada de decisões alternativos para que a escolha institucional possa ser feita, “decidindo quem decide”. A ideia é útil, porque traz o alerta de que os processos de tomada de decisões são complexos e que, a rigor, todos são imperfeitos, ou seja, a escolha institucional

ideia de uma sociedade constituída por indivíduos iguais e indiferenciados passou-se para a de uma sociedade integrada por pessoas marcadas pela diversidade, por grupo portadores de diferenças (culturais, vivenciais [de gênero, de idade [sic] de capacidades físicas e intelectuais], profissionais, políticas) e por redes sociais que criam novos laços de solidariedade entre as pessoas. Estas novas formas de identidade e de relacionamento social exigem e criam novas formas de expressão política mais diversas e mais ricas do que o voto e o sufrágio” (Ibid., p. 62-63).

¹⁹² Ibid, p. 81.

¹⁹³ “[...] o que é compreendido como a ‘teoria da separação de poderes’ é [...] uma simples visão enviesada das idéias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma. [Nota de rodapé: Não se pode esquecer que a chamada ‘teoria da separação de poderes’, atribuída a Montesquieu, baseia-se sobretudo em um capítulo de seu ‘Espírito das Leis’, no qual Montesquieu ‘descreve’ o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, e que isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas.” (SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 589)

¹⁹⁴ Ou comparada, a depender da tradução de *comparative institutional analysis*.

acaba sempre resultando em uma seleção entre alternativas imperfeitas.¹⁹⁵ Deve-se verificar, à luz de determinada questão, se a instituição, comparativamente, é melhor ou, no mínimo, é “menos pior” para decidi-la.

Ainda, como lembra Conrado Hübner Mendes, deve perceber-se “a responsabilidade dos outros poderes, e não somente dos tribunais, de mirar as metas constitucionais como referência básica de suas ações”,¹⁹⁶ e os compromissos constitucionais só podem ser cumpridos com a atuação das três instituições.¹⁹⁷

Nesse cenário, duas ideias são colocadas em xeque. Primeiro, que existiriam compartimentos estabelecidos *a priori* para cada um dos poderes. Segundo e relacionado a isso, que o Judiciário poderia atuar somente na medida da “falha legislativa” (ou administrativa, conforme o caso).

Realmente, “definir *a priori* a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes antes bloqueia a compreensão e mesmo a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação”.¹⁹⁸ Tratando do debate acerca de quem deveria ter a última palavra em termos de interpretação constitucional, Conrado Hübner Mendes nota que a constatação um tanto quanto óbvia de que – a rigor e a partir de uma perspectiva mais ampla – a última palavra é sempre provisória leva, por um lado, a perceber as distintas escalas temporais e a continuidade da democracia; e, por outro, a

¹⁹⁵ Essa é a linha de análise institucional comparativa de Neil Komesar, e as instituições analisadas por ele são o mercado, o processo político e as cortes (KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives: choosing institutions in Law, economics and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994; **Law's Limits**, ob. cit., v. especialmente o primeiro, p. 267-269). Essa, porém, não é a única vertente, assim como o significado de “instituição” não necessariamente é o mesmo nas diferentes construções, cf. COLE, Daniel. The varieties of comparative institutional analysis. **Wisconsin Law Review**. 2013. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/files/3-Cole.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014. O critério a partir do que é feita a análise comparativa também é variante (Ibid., p. 396-397).

¹⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. xxvi.

¹⁹⁷ De fato, “[i]n the complex administrative environment in which we now live, neither courts, legislatures, nor administrative agencies operating alone can successfully resolve major social problems. Successful policymaking in a complex regulatory environment requires continuing interchanges and often continuing involvement of all three branches of government” (REBELL, Michel A. Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, p. 1487-1544, 2007, p. 1.539). E na sequência acrescenta, quanto às reformas estruturais que analisa (ligadas ao direito à educação), mas aplicável em outros âmbitos: “In considering the role of the courts in education finance and education adequacy cases, the approach should be, not repetition of abstract rhetoric about judicial ‘usurpation,’ but consideration from a comparative institutional perspective of what functions courts can best undertake, in collaboration with the other branches, to promote effective school reform practices. [...] each of the three branches has specific institutional strengths and weaknesses in regard to social policymaking and remedial problem-solving. The focus, therefore, should be on how the strengths of each of the branches can best be jointly brought to bear on solving critical social problems.” (Ibid., p. 1.539-1.540, nota de rodapé omitida).

¹⁹⁸ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos**, v. 1, p. 05-20, nov. 2011, p. 11.

concluir que, na divisão dos trabalhos, “não deve haver nenhum que detenha o monopólio das decisões em matéria de direitos e política”,¹⁹⁹ sequer sendo possível que a Constituição estabeleça uma separação rígida e fixa dos poderes, pois o arranjo é dinâmico.²⁰⁰

Isso está conectado com a mencionada e conhecida crítica sobre a (falta de) legitimidade do Judiciário para atuar em campos “não jurídicos”, lidando, por exemplo, com políticas públicas, pois, ao compreender-se que o arranjo institucional é dinâmico e que vai muito além do formal e do “pedigree”, a legitimidade igualmente não pode ser fixada em termos apriorísticos.²⁰¹ Assim é que Mendes defende uma legitimidade “contextual e comparativa”, isto é, ela não é verificada em abstrato e *a priori*: “a legitimidade política é uma propriedade institucional volátil que depende em parte dos resultados e em parte de suas credenciais formais”.²⁰²

Em relação à segunda ideia colocada em xeque, a da falha legislativa ou administrativa, que seria o que autorizaria o Judiciário a atuar,²⁰³ é de questionar-se: será que, realmente, seria a atividade judicial, nesse sentido, subsidiária às do Executivo ou do Legislativo? Pelo que foi dito anteriormente, a conclusão é negativa. Por um lado, falar em *subsidiariedade* tem como premissa que o campo próprio para resolver determinadas questões seria o daquelas outras instituições (não do Judiciário), com prevalência especialmente do Legislativo,²⁰⁴ premissa essa que não é

¹⁹⁹ No original: [...] no debe haber ninguno que detente el monopolio de las decisiones en materia de derecho y política” (MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 159-185, p. 163).

²⁰⁰ v. Ibid., p. 165-166.

²⁰¹ Ademais, há outro aspecto que enfraquece em certa medida os questionamentos acerca da legitimidade do Judiciário. A existência de situações, por exemplo, de violação estrutural de direitos coloca em xeque a legitimidade da atuação estatal como um todo, impondo que algo seja feito para transformar aquela situação – e com a participação judicial.

²⁰² Ibid., p. 177, traduzido aqui. O critério que sugere, sem trabalhá-lo neste escrito, é o do “desempenho deliberativo”, considerando-o, ainda que provisoriamente, “uma medida qualitativa que permite analisar quão exitosa que foi a deliberação dentro de determinada instituição” (Ibid., p. 176-183, trecho da n. 12). Acredita que a deliberação traria maior potencial epistêmico, isto é, aumentaria as chances de se chegar a melhores respostas, em uma perspectiva interinstitucional, não somente relativa à deliberação interna (Ibid., p. 179-183).

²⁰³ P. e., v. FLETCHER, W. A. The discretionary constitution, ob. cit., *passim*. Conclui o texto da seguinte maneira: “When the failure of the political bodies is so egregious and the demands for protection of constitutional rights so importunate that there is no practical alternative to federal court intervention, there is no need for a new legitimating normative or theoretical structure. Such intervention, for so long as it is essential for the protection of constitutional rights, is already legitimate.” (Ibid., p. 697).

²⁰⁴ “The theory of legislative failure should be understood as a general presumption in favor of majoritarianism” (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 6). Criticando a teoria da falha legislativa, questiona: “[...] there is no simple way of understanding the judicial function when failure arises from other causes, say, from the fact that a discrete and insular minority is being victimized. In such a situation the legislative decision may not be entitled to any presumption of correctness, at least as it affects that group, but the task still remains of determining, as an affirmative matter, what the group is entitled to, either by way of process rights or substantive rights. Even if the legislative resolution is not entitled to a presumption of correctness, there is no reason for assuming that the opposite

aqui adotada. Por outro lado, há casos em que, de fato, apenas uma atuação conjunta (isto é, multi ou interinstitucional) conseguirá modificar as situações, e isso não simplesmente por “incompetência” ou “falta de vontade política” dos “poderes majoritários”.²⁰⁵⁻²⁰⁶

Isso guarda relação, também, com o direito ou como o direito é compreendido. Se se pensa em uma democracia exclusivamente representativa, mais fortes serão as objeções à “intervenção” do Judiciário no “território político”, porque, nessa lógica, o que importa é o *pedigree* das decisões – quem foi eleito pode decidir sobre isto ou aquilo. Porém, a constatação de que a dimensão representativa, isoladamente, é insuficiente, parece abalar a imaginada exclusividade do direito legislativo.²⁰⁷

Procurando uma solução no âmbito do problema concreto, nos casos estruturais, o que se tem é mais uma construção e reconstrução do direito (e dos direitos) do que um encontro de um direito que “já está aí”, como se fosse algo completamente objetivo, aguardando ser apreendido pelos intérpretes.²⁰⁸ Os litígios estruturais demonstram que o direito vai além do texto legal e que a disputa pelo seu significado não fica restrita a um plano abstrato, evidenciando a dimensão *prática* dos direitos. Como aponta Mariela Puga, com esses casos estruturais, há uma abertura da “disputa do sentido normativo dos direitos às exigências contextuais de seu gozo efetivo”.²⁰⁹

resolution would prevail if the legislative process were working perfectly; there is no reason for assuming that the discrete and insular group would win rather than lose” (Ibid., p. 9, nota de rodapé omitida).

²⁰⁵ Realmente, “é muito comum ouvir, como resposta a essa questão, que ‘falta vontade política ao governo’. Ocorre que, se de fato o problema fosse apenas uma falta de vontade política, bastaria haver uma ‘vontade judicial’ por parte dos operadores do direito, sobretudo dos juízes, para que pelo menos parte do problema fosse resolvida” (SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 592).

²⁰⁶ A lógica dos casos estruturais, como trabalho no capítulo anterior, é outra. Nesse sentido é que Mariela Puga lembra que “debemos aprehender el derecho de los presos y de los pobres contaminados, **NO** como un título para torcer la mano violadora de las mayorías en el sentido ‘debido’, ni para fortalecerlos frente al ejecutivo y así obligarlo a hacer ‘lo correcto’ lo que ‘no tienen voluntad de hacer’, sino para penetrar las instituciones, hacerlas internamente reflexivas y sensibles a los resultados, y así reformular políticas y lógicas que causan daños graves y masivos” (PUGA, M. G. La realización de derechos en casos estructurales, ob. cit., p. 29, grifado no original). Ainda, adotando a perspectiva da análise institucional comparada, pode acrescentar-se que não necessariamente a falha de um dos processos de tomada de decisão implica que outra deva atuar, v. KOMESAR, N. K. **Imperfect alternatives**, ob. cit., p. 6. Pressupor a falha e que ela leva à atuação do seu “substituto” pode deixar uma pluralidade de opções de fora: “At one point, the theory of market failure, much like the theory of legislative failure, was monolithic in its prescription in cases of failure (market failure inexorably led to government regulation), though today it has a broader, more pluralistic vision.” (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 10, n. 25).

²⁰⁷ V. HESPANHA, A. M. **Pluralismo jurídico e direito democrático**, ob. cit., p. 19. É oportuno anotar que aqui não se pretende adotar uma teoria específica da democracia, apenas indicar que ela possui diferentes dimensões, não somente a representativa. Entre as outras parece ser possível incluir a da participação, bem como a da efetividade.

²⁰⁸ V. Ibid., p. 12.

²⁰⁹ No original: “disputa del sentido normativo de los derechos a las exigencias contextuales de su goce efectivo” (PUGA, M. G. La realización de derechos en casos estructurales, ob. cit., p. 3). Também: “[...] one could ask the question, why courts? Are we asking too much of the courts? Is this an overly demanding set of tests? Are we constructing an empire of law? Can we expect law to govern everything? Our answer to these questions depends on whether we are able to broaden the conception of what we mean by law itself. In its more dynamic sense, to live in a legal world requires that one know not only the precepts, but also their connections to possible and plausible states

2.3 Tudo isso leva a (ou impõe) repensar o conceito de jurisdição

Em razão do que foi dito, poderia parecer desnecessário, ainda, indicar que, no cenário acima delineado, têm de ser afastadas também noções “tradicionais” acerca da jurisdição. Não obstante, é importante frisar a insuficiência (ou inadequação) de construções (re)correntes, porque elas embasam a estruturação do processo civil e, portanto, têm implicações importantes para o presente trabalho, na medida em que não há como utilizar sua conformação tradicional para lidar com os casos estruturais. Em outros termos, o modelo bipolarizado de processo se assenta em certa noção de jurisdição (ou ao menos em uma linha de noções), e, se suas bases não forem trocadas, será difícil construir um processo coletivo-estrutural.

Obviamente, não é a intenção fazer uma revisão bibliográfica dos conceitos de jurisdição, até porque isso não teria tanta utilidade aqui.²¹⁰ Não obstante, interessante lembrar, por exemplo, o elaborado por Giuseppe Chiovenda, para demonstrar a conexão do conceito com outras premissas, as quais já foram acima afastadas.

Na clássica construção de Chiovenda, jurisdição é “a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efectiva”.²¹¹ A característica fundamental seria substitutividade.²¹² Na cognição, o juiz substitui não só a atividade intelectual das partes, mas de todos – substitui todos, na sentença, ao afirmar existente ou não uma vontade concreta da lei.²¹³ Quanto à execução, por sua vez, “importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da vontade da lei”, por meio da substituição da atividade de outrem.²¹⁴ Dessa forma, a vontade concreta da lei já está posta, pois foi pré-definida pelo Legislativo e surgiu antes do processo. Cabe ao juiz simplesmente atuá-la. O conceito chiovendiano de jurisdição, portanto, estabelece duas esferas de atuação claramente separadas: a da criação da lei (e de determinação de sua vontade) e a da declaração e atuação da vontade da lei.

of affairs. It requires that one integrate not only the ‘is’ and the ‘ought,’ but the ‘is,’ the ‘ought,’ and the ‘what might be.’” (SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006, p. 593-594, nota de rodapé omitida).

²¹⁰ Tampouco se pretende sugerir um “novo conceito”.

²¹¹ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit., v. 2, p. 3.

²¹² Ibid., p. 9-41.

²¹³ Ibid., p. 11.

²¹⁴ Ibid., p. 14.

Essa construção tem por trás certa configuração das funções estatais. Insere-se no contexto da ideia de “separação dos poderes”, como garantia da liberdade dos cidadãos frente ao Estado, numa perspectiva liberal clássica,²¹⁵ da qual se distanciam os casos estruturais e o arranjo institucional contemporâneo. Ademais, relacionado a isso, já se acha problemático, neste trabalho, pensar na possibilidade de encontrar-se “a vontade concreta da lei” – que seria, repita-se, anterior ao processo – e que a função do juiz seja simplesmente a de atuá-la, declarando-a ou executando o que foi declarado. Em casos estruturais, a preocupação não está centrada em dar razão a uma das partes, até porque todos os diferentes atores envolvidos podem “ter razão”, mas em chegar a “pautas regulatórias” em situações de imbricação complexa de interesses, procurando modificá-las, afastando-se, assim, do caráter meramente declaratório.²¹⁶

Se essa linha de compreensão era ou não adequada ou deveria, ainda, à luz da época, ser criticada, não cabe aqui investigar, pois foge dos propósitos do trabalho. O problema é o emprego dessas noções no atual contexto. Pode afirmar-se, com Ovídio Baptista da Silva, que as instituições fundamentais do processo contemporâneo ainda são marcadas por um racionalismo que pressupõe uma separação clara e radical entre direito e fato, teoria e prática e, assim, cognição e execução. Nesse sentido, o “processo de conhecimento”, com sua sentença condenatória, baseia-se na exigência de juízos de certeza, não de verossimilhança, sendo que, com a certeza quanto aos fatos, nenhuma outra dúvida restaria para atuar a vontade concreta da lei.²¹⁷

A busca de certeza é bastante problemática, no mínimo, na contemporaneidade, em que é crescente o número de pessoas interessadas²¹⁸ (e cada vez mais em uma sociedade de massa) e a complexidade, sem dizer em dinamicidade.²¹⁹ A superação disso, com o caminho aberto, por exemplo, pela antecipação de tutela, retirando espaço do provimento *final* e *condenatório*, tem reflexos em um novo conceito de jurisdição, “agora imperativa e não mais meramente arbitral e

²¹⁵ V. CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 378-379.

²¹⁶ PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 51. Há aí, ainda, a questão da “soma zero”, já trabalhada no primeiro capítulo. Ademais: “In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process” (CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.304).

²¹⁷ V. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia. **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 19-36, 2003, p. 34-36; **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 178 e ss.

²¹⁸ “[...] the numbers of persons impacted by and relevant to the societal decision in issue” (KOMESAR, N. K. **Law's Limits**, ob. cit., p. 40, n. 9).

²¹⁹ V. Ibid., p. 156 e ss. Põe em xeque as pretensões de certeza, clareza e estabilidade (marcas do *Rule of Law*) em um contexto de crescentes número de interessados e complexidade (e a referida dinamicidade pode ser englobada na complexidade, mas a menção em separado enfatiza essa acentuada característica).

privada como a temos praticado sob o domínio secular do Processo de Conhecimento; haverá igualmente de impor a recuperação dos *juízos de verossimilhança*".²²⁰

O modelo bipolarizado de processo, consolidado no "processo de conhecimento" (e no conexo procedimento ordinário), portanto, traz consigo muito mais coisa que à primeira vista poderia ser imaginado, isto é, não é uma construção neutra. Realmente, deixando-se isso para trás, retoma-se o *imperium* da jurisdição, mas, é necessário anotar, a compreensão da jurisdição firmada no poder de império, ao menos diante dos casos estruturais, não é suficiente, embora possa ser necessária. Em litígios estruturais, como já é de conjecturar-se em razão das características trabalhadas no primeiro capítulo, não se pretende que o juiz se coloque em uma posição vertical de comando-e-controle.²²¹ Mesmo que haja momentos de decisão e que tenha um papel ativo, sua atividade vai além, podendo assumir o papel, por exemplo, de administrador, inclusive em relação ao próprio gerenciamento de como o procedimento se conformará para atender às necessidades do caso concreto, que é marcado por uma alta complexidade.²²²

O juiz distancia-se da figura de um árbitro, porque não assume um papel passivo e condicionado pela atuação das partes. Resta afastado o modelo adversarial, em que a atribuição judicial é o de resolver o conflito (bipolarizado) posto no processo, após as partes digladiarem-se.²²³ Relacionado a isso, não raro são feitas contraposições entre o *dispute resolution model* e o

²²⁰ V. SILVA, O. A. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, ob. cit., p. 197.

²²¹ V. parte II, capítulo 4, item 4.1.2. Nesse sentido, Joanne Scott e Susan Sturm sugerem que "Law thus operates as a catalyst by facilitating the elaboration and implementation of public law norms by other actors, and the productive engagement of normative inquire among relevant institutional actors, including the judiciary itself" [...] This attenuation (but not elimination) of coercion relieves the pressure for a clear, before-the-fact rule – which is needed to justify sanction for a failure to comply – and still maintains incentives and opportunities to elaborate robust norms in context" (SCOTT, J.; STURM, S. P. Courts as Catalysts, ob. cit., p. 571).

²²² Chayes indica que o juiz "has passed beyond even the role of legislator and has become a policy planner and manager", ou seja, "he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome." (CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.302).

²²³ Mesmo em casos individuais a compreensão de que o processo seria "coisas das partes" é discutível, estando conectada com o individualismo e a crença exacerbada na autonomia individual ("The traditional conception of adjudication reflected the late nineteenth century vision of society, which assumed that the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals." Ibid., p. 1.285, nota de rodapé omitida). Ademais, vale lembrar que, por exemplo: "A court's personal injury damages decision affects the distribution of wealth, the government's social welfare budget, the deterrence value of potential defendants' standard of care, and the jurisdiction's business climate. A decision reprobating misconduct and setting a tortfeasor's payment to its victim affects its moral climate." (RENDLEMAN, Doug. Remedies: A guide for the perplexed. **Saint Louis University Law Journal**, v. 57, p. 567-584, 2013, p. 573-574). Por fim, com Barbosa Moreira, convém registrar que "a possibilidade de realizar um processo civil pressupõe a disponibilidade de complicado mecanismo, cuja manutenção implica vultosos gastos com pessoal e material. Essa despesa é suportada mediante a arrecadação de tributos, que não são pagos só pelos litigantes, mas por toda a coletividade. A realização do feito reclama não raro a colaboração de outros órgãos e entidades – por exemplo, a imprensa oficial, os correios, a polícia – igualmente custeados pela contribuição, direta ou indireta, dos membros da sociedade, em geral."

structural model de atuação jurisdicional, como no embate de ideias entre Owen Fiss e Lon Fuller, interessante para ilustrá-las.²²⁴

Fuller já foi citado quando trabalhada a ideia de problema policêntrico. Ele utiliza tal noção para criticar a atividade judicial em relação a tarefas policêntricas, basicamente porque os titulares dos interesses afetados não participariam do processo. Fiss entende que Fuller estaria tentando defender a perspectiva da resolução de disputas com base em axiomas morais, especificamente pela necessidade moral de um atributo da atividade jurisdicional, qual seja, a participação *individual* das partes,²²⁵ inexistente no modelo estrutural. Fiss invoca um dos exemplos adotados por Fuller: a construção de uma ponte não poderia ser pensada de modo fragmentado, verificando-se separadamente qual seria o ângulo certo entre duas vigas; pelo contrário, a estrutura como um todo é que tem ser analisada.²²⁶ No processo judicial, a lógica seria a da análise de cada ângulo isoladamente – aí a sua afirmada inadequação para lidar com os problemas policêntricos. Porém, a questão, como coloca Fiss, seria saber por que o magistrado deveria atuar dessa forma, “ângulo por ângulo”.²²⁷

De fato, parece não haver razão para pensar que o juiz *deva* proceder pensando nas unidades, não na estrutura como um todo. Realmente, as hipóteses de reforma de uma instituição, como de escolas, prisões ou hospitais, lidam com toda a estrutura (não por acaso se

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de Processo**, v. 125, jul. 2005, p. 279).

²²⁴ Para Fiss, a diferença seria no seguinte sentido: “My conception of adjudication starts from the top – the office of the judge – and works down. I place adjudication on a moral plane with legislative and executive action. I start with the conception of state power embodied in the judge, treat courts as a coordinate source of government power, and see the form of adjudication shaped by function and social setting. Fuller rejects such an approach. He starts from the bottom and works up. Fuller starts with the individual, rather than the judge. He places adjudication on a moral plane with elections and contracts, analyzes these two social processes in terms of how the individual participates in each, through voting and bargaining, and then seeks to distinguish adjudication from these social processes.” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 41). Não obstante, Robert Bone argumenta que haveria uma má interpretação das teorizações de Fuller. Ele questiona a dicotomia entre os modelos *dispute resolution* e *public law* acerca da jurisdição, argumentando que Fuller não seria defensor do primeiro, e sim de um modelo adversarial, não absoluto ou rígido e também de caráter público; a atividade das partes por meio da participação pessoal no processo possibilitaria ao juiz manter sua imparcialidade, necessária para os *fins públicos*. Para sustentar essa tese, Bone examina de maneira ampla as contribuições e concepções teóricas de Fuller, abordando a sua teoria sobre as instituições e o direito. V. BONE, Robert G. *Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy between Dispute Resolution Model and Public Law Models of Litigation*. **Boston University Law Review**, v. 75, p. 1.273-1.324, 1995.

²²⁵ “The distinguishing feature of adjudication, naturally enough, is also cast in individualistic terms, more precisely, in terms of how the individual participates in that process as opposed to elections and contracts – through proof and reasoned arguments. He then treats this right of the individual to participate in the proceeding – the moral equivalent of the right to vote and the right to bargain – as the master idea of adjudication. For Fuller, it explains and justifies certain formal features of adjudication, for example, party structure and the passivity of the judge. It also sets limits on adjudication.” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 41-42).

²²⁶ V. FULLER, L. L. *The Forms and Limits of Adjudication*, ob. cit., p. 403.

²²⁷ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 39-40.

denominam reformas estruturais) e não há, assim, como todo indivíduo (potencialmente) afetado participar do processo.²²⁸ Porém, por que a falta de participação pessoal seria um impeditivo? Esta é a única maneira de o interesse dos afetados ser levado em consideração ou tutelado?²²⁹

É possível notar que a compreensão de como o juiz deve ou não proceder tem ligação com questões mais amplas, aos próprios escopos da jurisdição, que não podem ser encarados simplesmente como a resolução de disputas. Em contraponto, Fiss defende que a atuação jurisdicional é um processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos, seja em ações individuais, seja em coletivas e de reforma estrutural.²³⁰ Em termos gerais, isso se alinha com a perspectiva da tutela de direitos como finalidade da jurisdição,²³¹ pois, quando o Judiciário tutela direitos, especialmente direitos fundamentais, está preenchendo o seu conteúdo.²³²⁻²³³ Mais do que isso, parece necessário encarar a atuação da jurisdição em um cenário mais amplo, cabendo aquela tarefa de tutelar direitos também ao Executivo e ao Legislativo.²³⁴

Assim, o caminho não é exatamente pensar em um conceito acabado de jurisdição, mas entender que há diferentes instituições buscando os mesmos objetivos (constitucionais).²³⁵ É nesse contexto que se encaixa a atuação jurisdicional estrutural, relacionada a casos complexos,

²²⁸ Ibid., p. 41.

²²⁹ Quanto a isso, v., no próximo capítulo, item 3.1.8.

²³⁰ FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 2. V. também The Social and Political Foundations of Adjudication. **Law and Human Behavior**, v. 6, n. 2, 1982, p. 121.

²³¹ MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., *passim*.

²³² E vejam-se os valores públicos (especificamente constitucionais, no caso) exemplificativamente citados por Fiss e que podem ser vistos como direitos ou garantias fundamentais: “liberty, equality, due process, freedom of speech, no establishment of religion, property, no impairments of the obligation of contract, security of the person, no cruel and unusual punishment” (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 2). Sobre a relação entre a concepção de Fiss e a de tutela de direitos, v., ainda, OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos**: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26-28.

²³³ Não se pretende aqui defender uma concepção única dentre as várias concepções contemporâneas do direito. Apenas se quer enfatizar que há espaço para atividade criativa do juiz.

²³⁴ Inclusive de maneira conjunta, v., acima, item 2.2. Os três Poderes, assim, têm a missão de concretizar os direitos fundamentais ou os “valores públicos”. Isso, aliás, não passou despercebido por Fiss, para quem também todos os cidadãos em seu dia a dia, a rigor, dão significado à Constituição. Porém, aqui não é adotado o entendimento de que, embora o Judiciário não tenha o monopólio da tarefa de conferir significado, estaria em uma melhor posição de fazê-lo. Fiss entende que os juízes teriam maior chance não de conferir *qualquer* significado aos valores públicos, mas de chegar aos significados *corretos* (v. FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 15-16, entre outras; e, especificamente quanto à última afirmação, Between Supremacy and Exclusivity. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 187-208, 2007, p. 203). Aqui, porém, a tarefa é defendida numa perspectiva que desafia “o correto”.

²³⁵ “In fact, what distinguishes courts from the political process is not that they are attributed different constitutional goals, but that they are different institutions. [...] the constitution creates alternative institutions so that the meaning of the constitution does not become frozen in time or the monopoly of some institutions and can be articulated over time by a simultaneously competing and collaborative process among those institutions.” (MADURO, Miguel Poiars. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. **Wisconsin Law Review**, p. 541-563, 2013. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/files/7-Maduro.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014, p. 555).

impondo a construção de um novo processo. Não é que o Judiciário deva e possa “solucionar” todos os problemas, mas, quando necessária sua participação, deve agir de maneira adequada às características e necessidades desses casos, para que sua performance seja idônea.

É possível debater, *à luz de uma atuação concreta*, até onde conseguiria ou deveria ir o Judiciário, mas isso considerando igualmente um plexo de fatores, não simplesmente uma discussão de legitimidade em abstrato. O questionamento que se coloca diz respeito à capacidade do Judiciário de lidar – e lidar adequadamente – com esses litígios. Por conta disso, passa-se, no último capítulo desta primeira parte, a analisar a muitas vezes cogitada falta de capacidade institucional.

CAPÍTULO 3

REFLEXÕES A PARTIR DAS CRÍTICAS À CAPACIDADE INSTITUCIONAL:

Limitações de um modelo processual bipolarizado?

As críticas que podem ser feitas à atuação do Judiciário em casos estruturais ou outros litígios complexos concernem a seus limites ou limitações? Devem limitar-se os campos de atuação do Judiciário em razão de eventuais limitações que o próprio processo como é conformado impõe à sua atuação? Seria mais apropriado tentar superar essas limitações e, assim, limitar os limites? Todas as limitações são superáveis?

São esses questionamentos que norteiam o presente capítulo. Falar em limites é dizer até onde o Judiciário *pode (deve) ir*. Falar de limitação é dizer até onde ele *consegue ir*. São as duas linhas básicas das críticas à atividade judicial em campos “estranhos” ao direito: a legitimidade e a capacidade.

Quanto à primeira, já foram tratados, no capítulo 2, vários aspectos que apontam o sentido da posição adotada nesta dissertação. Assim, o pretendido aqui é colocar em xeque ao menos parte das críticas feitas à atividade judicial nos “novos campos” (podem até ser novos campos para o Judiciário, mas os problemas envolvidos não são necessariamente novos ou recentes), especialmente aquelas que diriam respeito à sua *falta de capacidade institucional* para lidar com problemas policêntricos e complexos (e, portanto, com os casos estruturais).

Donald Horowitz, nos EUA, percebeu que existiria uma sobreposição entre as instituições na formulação e implementação de políticas e programas governamentais, havendo convergência nos tipos de decisão, quanto ao escopo e ao grau de generalidade, mas por meio de diferentes processos de decisão e com distintos resultados, dessemelhanças estas, então, que têm relevância na questão de quem decide determinada questão.²³⁶ Neil Komesar, em sentido semelhante nesse ponto, também lembra também que as escolhas institucionais não são neutras.²³⁷

²³⁶ HOROWITZ, Donald L. **The courts and social policy**. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1977, p. 20.

²³⁷ Ou seja, “the decision of who decides is really a decision of *what* decides” (KOMESAR, N. K. **Imperfect alternatives**, ob. cit., p. 3, complementando: “The alternatives decision makers are not individuals or even small numbers of individuals. They are complex processes, such as the political process, the market process, and the adjudicative process, in which the interaction of many participants shape performance”).

Nessa lógica, a análise das críticas à capacidade institucional do Judiciário para decidir questões estruturais é relevante, mais do que que discussões quanto à legitimidade em abstrato. Aliás, em muitas delas, a rigor, a capacidade e a legitimidade colocam-se (implícita ou explicitamente) como lados da mesma moeda,²³⁸ o que não é por si só problemático, segundo o que foi traçado no capítulo 2. O problema está, primeiro, em, muitas vezes, “mascarar-se” a questão, colocando-a como uma discussão somente de legitimidade (democrática); segundo, guardando relação com o anterior, em não perceber-se que em grande parte as críticas podem pressupor determinado “modelo ideal” de processo (e só fazer sentido à luz dele); e, terceiro, em pensar também a capacidade em abstrato, a fim de afastar a atuação do Judiciário independentemente das circunstâncias concretas, somente à luz, por exemplo, do “ramo do direito”.

Além de tudo isso, deve notar-se, em consonância com a análise institucional comparativa, que do fato de uma instituição, em relação a determinada questão, apresentar limitações – que comprometeriam sua capacidade – não decorre necessariamente que a tarefa deve ser desempenhada por outra, até porque, como anota Komesar, as instituições tendem a falhar juntas (e talvez as violações estruturais de direitos sejam evidência disso). Elas frequentemente se movem juntas, isto é, se há fatores que desafiam as habilidades de uma, é muito provável que também o façam em relação às demais.²³⁹ Essa é também uma boa razão para que se reflita sobre os ditos pontos fracos de cada uma das instituições, a fim de melhorar o respectivo desempenho.

Nessa linha, mais que afirmar uma falta de capacidade ligada a características “inerentes” ao Judiciário – ou seja, uma falta de capacidade que resultaria de sua “natureza institucional” ou da “natureza do processo” –, é necessário questionar se não haveria uma insuficiência patente de um modelo específico, o do processo bipolarizado (individual ou coletivo), e das ideias a ele subjacentes.

O objetivo é, então, sem nenhum intento de esgotar a problemática, investigar em que medida as críticas aqui exploradas estão vinculadas a determinada concepção de processo (e de

²³⁸ Reconhecendo a conexão: HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 18-19 (“Of course, legitimacy and capacity are related. A court wholly without capacity may forfeit its claim to legitimacy. [...] If the separation of power reflects a division labor according to expertise, then relative institutional capacity becomes relevant to defining spheres of pose and particular exercise for power”). Em certa medida, também Fiss, apontando que a legitimidade das instituições depende da “special contribution they make to the quality of our social life” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 38, lembrando que defende a atuação estrutural do Judiciário como outra *forma* de exercer a jurisdição, com o mesmo fim de dar significado aos valores públicos, para o que os tribunais e juízes teriam maior aptidão).

²³⁹ V. KOMESAR, N. K. **Imperfect alternatives**, ob. cit., p. 23.

jurisdição) ou procedem, assim como se há possibilidade de que sejam superadas, no primeiro caso, ou atenuadas, no segundo, por meio da construção de um outro processo.²⁴⁰ Dos contornos desse outro processo, propriamente, cuida a segunda parte do trabalho, para a qual este capítulo serve de ponte.

3.1 “O Judiciário não é capaz de lidar com problemas estruturais”: alguns argumentos recorrentes pela falta de capacidade institucional

Compreende-se aqui que o Judiciário, assim como o Executivo e o Legislativo, deve pautar-se pelo cumprimento das tarefas constitucionais, ou seja, a realização da Constituição é responsabilidade de todos (e, a propósito, não somente do Estado). Mais do que pensar em finalidades diversas, deve perceber-se que são instituições distintas, isto é, que tomam decisões por meio de processos diferentes, embora todos visem à concretização da Constituição, especialmente com a tutela dos direitos fundamentais. Nesse contexto, as características institucionais de cada um dos poderes repercutem na respectiva capacidade de decidir determinada questão, e é justamente aí que entram as críticas advogando que o Judiciário não teria condições de trabalhar adequadamente com questões estruturais.²⁴¹

Não obstante, é necessário observar, desde logo, que as características institucionais não têm implicação automática ou infalível em relação à capacidade. Em outros termos, uma mesma característica, como será visto, pode ser colocada como uma vantagem ou uma desvantagem para decidir certa questão.²⁴² O que é importante notar é a própria relação entre elas e a capacidade institucional, o que permite cogitar que, se for alterado algum dos atributos, é possível também incrementar ou diminuir a aptidão, sem que isso necessariamente “desconfigure” ou “desnature” o próprio processo de tomada de decisão, a própria instituição.²⁴³

²⁴⁰ Este capítulo, portanto, não está destinado a ser um estudo sobre a capacidade de diferentes instituições nem operar uma análise comparativa do desempenho delas em relação a determinada questão. O que se quer é somente indicar possíveis relações entre o modelo bipolarizado de processo e a capacidade institucional do Judiciário.

²⁴¹ Exemplificando as críticas, veja-se Fuller: “By speaking of ‘the limits of adjudication’ I mean to indicate the very simple and familiar idea that there are certain kinds of social tasks that are not suitable raw material for the adjudicative process. We cannot solve all of our problems and disputes by referring them to judges or arbitrators. Anyone who discharges a judicial function works within a particular institutional framework”. (FULLER, L. L. *Adjudication and the Rule of Law*, ob. cit., p. 1).

²⁴² V., p. e., o quadro comparativo em BADIN, A. S. *Controle Judicial das Políticas Públicas*, ob. cit., p. 53-60.

²⁴³ Essa possibilidade de alteração de características para aprimoramento da capacidade institucional do Judiciário foi até cogitada por Horowitz, mas não sem receio: “The danger is that courts, in developing a capacity to improve on the work of other institutions, may become altogether too much like them” (HOROWITZ, D. L. *The courts and social policy*, ob. cit., p. 298).

Tendo isso em mente, passa-se à averiguação das características que tolheriam a capacidade do Judiciário para lidar com questões estruturais.²⁴⁴ A forma de apresentação do que segue é uma indicação de algumas das características frequentemente atribuídas ao Judiciário, relacionando-as a diferentes críticas à capacidade institucional (subitem 3.1.1). Após, as críticas são analisadas, para verificação de sua pertinência com determinado modelo de processo (subitens seguintes), fechando o capítulo com o reforço da necessidade de que tal modelo seja afastado, para possibilitar a prestação de tutela jurisdicional efetiva em litígios estruturais (item 3.2).

3.1.1 Algumas características usualmente atribuídas e possíveis relações com a falta de capacidade institucional

São diversas as características comumente atribuídas ao Judiciário (ao processo judicial ou até mesmo ao juiz), seja do ponto de vista positivo, seja do normativo. Algumas podem ser vistas como “atributos essenciais” da própria atividade jurisdicional, como a imparcialidade judicial, a participação e a necessidade de que haja um diálogo do juiz com as partes, no sentido de que tem de dar uma resposta quando é provocado,²⁴⁵ não podendo ignorar demandas que lhe são apresentadas. Há outras, porém, que se colocam como existentes quando adotado determinado modelo de processo, ou seja, ligam-se mais propriamente a um processo ou a uma forma de exercício da jurisdição. A diferenciação entre aquelas que decorrem ou não da adoção de determinado modelo é relevante, como já assinalado, para verificar quais podem ser alteradas sem “desnaturar” o processo judicial ou, mais amplamente, a atividade jurisdicional.

²⁴⁴ Duas observações são pertinentes e necessárias. Marcos Paulo Veríssimo, ao fazer a ligação de características institucionais com críticas à ampliação da atuação jurisdicional, denomina conjuntamente estas de “crítica instrumental” e aponta que aquelas podem ser atributos que digam respeito à estruturação dos órgãos judiciários ou quanto ao instrumento utilizado, basicamente o processo judicial (VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, ob. cit., p. 85 e ss). Neil Komesar faz a diferenciação, ainda, em competência, que seria a habilidade do processo e dos julgadores para investigar, entender e tomar decisões, e escala, que se relaciona com os recursos disponíveis para a atividade judiciária e as limitações que o aumento do processo pode trazer, ambas relevantes para determinar a capacidade institucional (KOMESAR, N. K. **Law’s Limits**, ob. cit., p. 38). Assim, por um lado, as duas dimensões das características serão aqui trabalhadas, com acento nas que supostamente decorrerem do processo (a rigor, de um processo, ou seja, de determinado modelo). Por outro, quando falar-se em competência nas linhas abaixo, será nesse sentido de habilidade – não no de conjunto de atribuições nem, mais especificamente, no de competência para processar e julgar causas.

²⁴⁵ E não qualquer resposta, obviamente, mas alinhada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Portanto, não se quer dizer simplesmente que o juiz tenha o dever de proferir uma sentença de mérito conforme a demanda que lhe é apresentada.

Considerando os objetivos deste capítulo, cabe destacar estas entre as características frequentemente atribuídas ao Judiciário, muitas delas imbricadas:²⁴⁶

1. Judiciário como poder independente (e assim os juízes)
2. Inércia e princípios da demanda e da congruência
3. Imparcialidade judicial
4. Juízes generalistas e com conhecimento exclusiva ou preponderantemente jurídico
5. Formalismo/formalidades processuais – “devido processo legal”
6. Judiciário decidindo sobre princípios e direitos, com base em argumentos racionais
7. Participação daqueles que serão afetados pela sentença (participação pessoal)
8. Processo triangularizado, estreito
9. Processo fragmentado (“*one case at a time*”)
10. Atuação judicial retrospectiva, e assim a averiguação dos fatos
11. Processo trazendo certeza, sem sentença condicional e com formação de coisa julgada
12. Sentença “*inter partes*”
13. Estrutura e recursos limitados

Relacionando essas características com algumas críticas à expansão da atividade jurisdicional para cuidar de casos estruturais, é possível montar o seguinte quadro (além de outras correlações viáveis):²⁴⁷

Críticas	Características relacionadas
A. “O Judiciário não está aparelhado e já tem muito trabalho, então seria sobrecarregá-lo ainda mais com casos estruturais”	13
B. “Os casos estruturais são muito complexos, implicando altos custos, especialmente de informação, seja para decidir, seja para implementar e monitorar o cumprimento da decisão”	13

²⁴⁶ Convém anotar que não são características necessárias atribuídas pela autora deste trabalho. A análise crítica é feita na sequência.

²⁴⁷ A observação acima vale igualmente para as críticas referidas na tabela, o que explica o uso das aspas. Nos subitens seguintes, haverá referência a autores específicos, para exemplificar quem lança mão delas.

C. “O Judiciário, míope, gera quebra da isonomia”	4, 6, 8, 9, 12
D. “O Judiciário não tem aptidão para lidar com questões técnicas, com fatos sociais ou outras questões que não lhe são familiares, como as orçamentárias e (re)distributivas, envolvendo diversos interesses”	1, 2, 4, 6, 8, 9
E. “Os casos estruturais exigem regulação prospectiva, e o Judiciário não consegue lidar com isso, levando em conta o regime de prova”	9, 10
F. “Há distorção do conflito quando se tenta encaixá-lo no processo bipolarizado”	2, 5, 8, 9, 10
G. “Os problemas policêntricos e complexos têm uma dinâmica incompatível com o devido processo legal”	2, 5
H. “Como as reformas estruturais acabam muitas vezes exigindo prolongado monitoramento, o juiz pode envolver-se demais e comprometer sua imparcialidade, prejudicando o exercício da jurisdição”	1,2,3
I. “O ensino jurídico é deficitário, e isso terá implicações no tratamento das questões estruturais por juízes e advogados”	4, 6
J. “Quando o Judiciário trabalha com casos estruturais, não é possível a participação de todos os afetados, além de haver problemas de representação ou representatividade”	7, 8, 12
K. “Haverá fracasso, isto é, o Judiciário não conseguirá efetivar a decisão, porque (i) encontrará resistência, (ii) não é apto para trazer mudança social; ou (iii) terá problemas no monitoramento”	1, 2, 10, 11, 13

São várias as críticas potencialmente levantadas à atuação estrutural, embora também possam ser empregadas em um âmbito mais amplo, como no do controle de constitucionalidade com caráter somente declaratório ou constitutivo.²⁴⁸ Ademais, algumas delas poderiam ter sido

²⁴⁸ Os casos estruturais com os quais aqui se trabalha são aqueles que envolvem alguma mudança concreta, muitas vezes uma “reconstrução” ou “reengenharia social”, embora nem sempre um litígio estrutural vá desembocar em uma ordem de reforma. A questão é retomada adiante, v. parte II, capítulo 4, item 4.2.2.

apresentadas de maneira diversa (agrupadas ou desmembradas), mas parece que esse panorama é suficiente para os fins deste trabalho. Passa-se, então, à análise delas.²⁴⁹

3.1.2 Independência e imparcialidade: o problema de estar afastado e o de aproximar-se demais

Foi dito que as características de uma instituição não têm implicação automática ou infalível em relação à capacidade institucional. Em outros termos, uma mesma característica pode ser compreendida como um ponto fraco ou um ponto forte. Komesar reconhece, por exemplo, que os mesmos elementos e garantias que conferem independência e imparcialidade podem desfavorecer a competência²⁵⁰ e a capacidade de expansão (alargamento) do processo judicial, especialmente porque as duas características guardariam relação com os custos da litigância (como os relativos aos requisitos formais de participação, incluindo a necessidade geral de assistência por advogado). Assim, fatores de que decorreriam aquelas características também seriam fonte de custos – e não baixos –, podendo comprometer a capacidade institucional para decidir determinada questão.²⁵¹

Por outro lado, se formalidades podem trazer independência, também podem afetá-la, especificamente quanto à inércia do Judiciário. Como se sabe, esta significa que a atividade jurisdicional só é exercida se provocada, provocação não necessária para a atuação dos demais poderes, o que lhes pode ser vantajoso, na análise comparativa.²⁵² Da inércia podem advir diferentes questões, como as relativas ao próprio acesso à justiça, haja vista que só será possível, nessa linha, proteger aqueles que de fato pedem tutela jurisdicional (ainda que coletivamente), trazendo uma discussão que, porém, é muito mais ampla do que a que cabe neste trabalho.²⁵³

Se a independência é importante porque isola o juiz de diferentes pressões, especialmente as da arena política, figurando, então, como um aspecto institucional positivo,²⁵⁴ tenderia a

²⁴⁹ De forma sucinta, serão analisados os diversos problemas apontados pelas críticas reproduzidas. Alguns contra-argumentos são apresentados, bem como é indicado o sentido de possíveis respostas ou soluções. Apenas o sentido é indicado, pois reflexão mais detida será feita na segunda parte do trabalho.

²⁵⁰ Sobre o significado do termo competência neste e nos demais subitens, v. n. 244, acima.

²⁵¹ KOMESAR, N. K. *Imperfect Alternatives*, ob. cit., p. 125.

²⁵² Ibid., p. 125. Porém: “As a matter of fact, no decisionmaker really sets his own agenda” (HOROWITZ, D. L. *The courts and social policy*, ob. cit., p. 294, nota de rodapé omitida). Aliás, levar o problema ao Judiciário pode acabar definindo em parte a agenda das outras instituições, ao dar publicidade e provocar discussões e ações a respeito.

²⁵³ De todo modo, v., p. e., implicações quanto à isonomia e a questão da distorção do problema – capítulo 2, item 2.1.3.

²⁵⁴ V. CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.308. Para Owen Fiss, seria um fator que conferiria aos juízes melhor posição para dar significado aos valores públicos (tanto no sentido de que o magistrado não teria conexão com uma das partes, como no de que seria independente do processo político),

acarretar, no que interessa à problemática estrutural, um isolamento do juiz do social (e ainda mais se o caso for local e a decisão for tomada nas cortes superiores), uma das razões pelas quais o Judiciário não teria aptidão para lidar com questões complexas e policêntricas.²⁵⁵ A crítica contrasta com outro “perigo” que pode trazer o envolvimento do juiz com litígios estruturais, referido por Owen Fiss, no sentido de que, no anseio de conferir efetividade à reforma institucional, o magistrado pode acabar inserindo-se demasiadamente na instituição e abandonando sua posição de independência.²⁵⁶

Mesmo que exista certo afastamento, não só de pressões políticas, mas também do social (podendo gerar uma “insensibilidade”), isso parece controlável ou superável pela construção do caso em juízo, com a participação dos diversos interessados.²⁵⁷ Diante das diversas informações, é possível que o juiz, mesmo que não envolvido inicialmente (o que, aliás, é requisito de sua imparcialidade), inteire-se dos contornos do problema. Portanto, sem insensibilidade e alheamento.

Ao contrário, segundo Fiss, o perigo está justamente no oposto, em que ele fique demasiadamente envolvido. Realmente, não há um isolamento nestes casos – o magistrado acaba envolvendo-se em muitas questões (deparando-se com diferentes “pressões”, inclusive), sem ficar somente no “mundo jurídico”.

Porém, como se quer alcançar *transformações concretas*, em um cenário de alta complexidade, isso parece inafastável. Nessas situações de maior envolvimento e atividade (inclusive procedimentalmente falando), o juiz se coloca diante de um verdadeiro dilema, como pontua Fiss,²⁵⁸ tentando equilibrar seu empenho pela efetividade, frente às dificuldades do “mundo real”, e a necessidade de manter sua independência e sua imparcialidade. A resposta talvez seja mesmo “viver com o dilema”.²⁵⁹ É inevitável nesses casos que o juiz, por lidar com inúmeros interesses, com diversos atores e órgãos, acabe tendo que levar em conta diferentes

juntamente com o fator do *diálogo*, diálogo este que se dá em um cenário de características específicas: juízes não controlam sua agenda, tendo que responder a demandas que talvez preferissem ignorar; não possuem pleno controle em relação a quem têm de ouvir; têm de dar uma resposta à provocação da atividade jurisdicional e são pessoalmente responsáveis por isso; e suas decisões precisam ser fundamentadas (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 12-14).

²⁵⁵ V. HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 45.

²⁵⁶ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 46. V. também NAGEL, R. F. *Controlling the structural injunction*, ob. cit., p. 403-404 (sobre o risco à imparcialidade judicial, assim como à imparcialidade de *special masters* ou outros auxiliares, aspecto que o juiz não necessariamente conseguiria sempre controlar).

²⁵⁷ Sobre a instauração em juízo do sentido do conflito, como caso estrutural, v. PUGA, M. G. **Litígio Estrutural**, ob. cit., p. 90-91.

²⁵⁸ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 59.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 50-59.

variáveis, sem empregar simplesmente o raciocínio da infalibilidade da incidência das normas jurídicas, do tudo-ou-nada, inserindo-se na complexidade da situação.

Ademais, entre ter um papel mais ativo ou não ter, é de lembrar-se o que foi dito por Barbosa Moreira a respeito da produção de prova de ofício, no sentido de que se pode empregar o raciocínio inverso, afirmando que o não agir também configura parcialidade, pois beneficiaria a parte contrária, a quem a prova produzida de ofício resultaria desfavorável.²⁶⁰ Se isso serve para enfraquecer a ligação entre papel ativo e parcialidade, também é útil para alertar que, nos casos estruturais, menos envolvimento do magistrado pode implicar a preservação do *status quo*, significando o não fazer também uma tomada de posição.

Melhor é “assumir o risco” e “conviver com o dilema”. De qualquer maneira, note-se também, ainda que como atenuante, que não necessariamente será direto o envolvimento do juiz ou ao menos não sempre direto. Há mecanismos que podem ser utilizados, como os agentes de delegação²⁶¹ ou a criação de órgãos para auxiliar no acompanhamento da implementação do que foi decidido ou acordado, à semelhança do que aconteceu na ACP do Carvão.²⁶² Ademais, igualmente aqui é relevante a questão da participação de diferentes organizações e sujeitos, com desempenho interativo de tarefas, em que o processo de tomada de decisão não é exclusivo do juiz, mas compartilhado.²⁶³

3.1.3 O problema dos custos e da estrutura judiciária (desaparelhamento)

Há várias questões que podem ser levantadas quanto à relação entre os casos estruturais e custos \times recursos. Como uma das críticas acima reproduzidas indica, uma delas é a de que, se o Judiciário tem recursos e estrutura limitados (e algum órgão público não tem?) e já está sobrecarregado, no mínimo não seria eficiente deixá-lo lidar também com esses litígios complexos. Ainda, modificando em parte o raciocínio, poderia ser afirmado que, como o Judiciário já vem ocupando-se deles, essa seria uma das causas do “abarroamento”, de modo que deveriam ser afastados.

²⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. **Revista de Processo**, v. 122, p. 9, abr. 2005.

²⁶¹ Como os *special masters*, muito utilizados nas reformas estruturais nos EUA (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 50-59). V. parte II, capítulo 4, item 4.1.1.

²⁶² Criou-se, por exemplo, o Grupo de Assessoramento do Juízo (GTA). V. capítulo 2, item 2.1.2. Para identificação e informações do caso, v. n. 139 e 142, acima.

²⁶³ Nesse sentido, quanto à imparcialidade e à independência, v. STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991, p. 1.397-1.399 (“By expanding our vision of possible remedial structures and roles, it is possible to allocate responsibility for developing the remedy so as to both preserve participation and minimize the incentives and opportunities for judicial bias”).

Duas premissas dessas preocupações realmente não podem ser negadas. Uma, que o Judiciário é estruturalmente limitado, em termos de recursos materiais e humanos, incluindo a sua estrutura física. Também não há como desprezar que, muito provavelmente, mais complexo o caso, maiores os custos, especialmente de informação, e, portanto, mais recursos necessários.

Porém, a conclusão de que por tudo isso o Judiciário deve restringir-se a casos não estruturais não é acertada. Primeiro, muitas vezes é em relação aos problemas estruturais e complexos que a atuação judicial é ainda mais necessária (como em graves violações de direitos, que perduram por décadas).²⁶⁴ Ademais, boa parte do problema da eficiência do Judiciário não parece derivar do fato de que ele já lida com casos estruturais, mas da insistência em que o atendimento da demanda por tutela jurisdicional seja feito preferencialmente pela via individual. Não há, realmente, como o sistema judiciário atender, de forma *individualizada e com qualidade*, a toda a procura. Problema muito mais grave são as questões de massa, que poderiam ser mais bem resolvidas coletivamente.²⁶⁵

O Conselho Nacional de Justiça impõe metas e diversos ideais de atuação, o que pode tornar-se um problema grave a ser enfrentando por aquele que pretende por em prática o processo coletivo-estrutural. Porém, isso não pode servir de obstáculo intransponível ou desestimulante. Muito pelo contrário. Deve refletir-se e questionar-se a atuação do próprio CNJ. De fato, são várias as dificuldades impostas por essa lógica (além de outras já existentes) no dia a dia do magistrado, mas isso não parece suficiente para afastar essa potencial forma de atuação jurisdicional (a estrutural), mais adequada e efetiva. Ademais, se muitos dos aspectos fossem pensados coletivamente e com seriedade pelos três poderes estatais,²⁶⁶ muitas das cargas que tem o juiz de enfrentar cotidianamente poderiam ser mais leves.

²⁶⁴ Fiss, a propósito, chega a afirmar: “Though overwork might well threaten the integrity of the communicative process that lies at the core of adjudication, it is far from clear why the remedy should lie in the elimination of the structural suit. Each one is complex and difficult, but at the same time it may engage the judge in his most worthy and important function. A more sensible response to the claim of overwork may be to divert to other institutions the simpler, less complex cases (individual citizen versus individual policeman, inmate versus guard); they may represent a considerable burden taken as an aggregate.” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 45-46).

²⁶⁵ E, assim, o que se está discutindo em boa parte dos processos dos “litigantes habituais” poderia ser resolvido, de maneira mais efetiva, não somente mais eficiente, por meio de ações coletivas. Os litigantes mais habituais são conhecidos, incluindo o próprio Estado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**: 2011. 2012 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>.

²⁶⁶ Relativamente ao Legislativo, deve, por exemplo, criar técnicas processuais adequadas, especialmente as que viabilizem a efetiva coletivização de ações ou questões. Quanto ao Judiciário e ao Executivo, levar a sério significa que este deve cumprir julgados e já aplicar administrativamente entendimentos consolidados e que aquele não pode simplesmente extinguir processos coletivos por “falta de condição da ação” (nesse sentido, há um caso marcante – negativamente –, que é a ação civil pública ajuizada pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO para restituição dos valores pagos como empréstimo compulsório sobre os combustíveis, em que se obteve uma decisão final de procedência, mas, no agravo regimental em agravo instrumento em recurso

Assim, a conclusão pelo afastamento coloca-se como uma resposta demasiadamente simplista, do tipo “matando o doente para curar a enfermidade”. A propósito, a questão da eficiência, como mostrou Remo Caponi, é muito mais complexa. São essencialmente três os fatores que possibilitam que a “administração da justiça” seja eficiente: os fatores legislativo, estrutural e cultural, em ordem de relevância. A legislação processual deve ser atual e prever técnicas adequadas, mas não é um fator determinante, mesmo que influente. Além disso, a quantidade de recursos humanos e materiais deve também ser suficiente para, da melhor maneira possível, por em prática a disciplina legislativa. Por fim, há o fator cultural, “que incide não apenas sobre a qualidade da oferta de serviço judiciário, mas sobretudo a qualidade da própria demanda”, e que é “capaz de frutificar os outros dois”.²⁶⁷

Ainda, conectado com isso, Remo Caponi trabalha com a *proporcionalidade panprocessual*, de modo que a eficiência da prestação jurisdicional não pode ser pensada, ainda que levando em conta aqueles três fatores, apenas quanto a um único processo, ou seja, deve tomar em consideração todos os demais, de modo que os recursos sejam distribuídos *proporcionalmente*.²⁶⁸ Nesse sentido, então, não haverá um problema em si em direcionar mais recursos a um caso mais complexo, atendendo à proporcionalidade, mas obviamente que, para isso ser possível, devem ser empregados menos recursos naqueles casos que não necessitam de tantos.

Enfim, o que se quer dizer é que, de fato, a preocupação com os custos é relevante, pois são necessários recursos – e não poucos – para que o processo seja efetivo. Porém, ela deve servir mesmo como uma *preocupação*, não como uma desculpa ou suposta justificativa para afastar *a priori* a atuação jurisdicional do campo estrutural. Serve de alerta para que a problemática da eficiência seja pensada em termos mais amplos e também para que, diante de casos estruturais, a questão não seja esquecida, porque afeta em diferentes graus a efetividade da tutela jurisdicional,²⁶⁹ servindo de fator a ser considerado na verificação, pelos tribunais, de até onde é possível ir.

extraordinário na ação rescisória proposta pela União – AgRg AI 382.298 –, o STF reconheceu a ilegitimidade da associação, julgando procedente o pedido de rescisão).

²⁶⁷ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sintéticas. **Revista de Processo**, v. 36, n. 192, fev. 2011, p. 405-406.

²⁶⁸ Ibid., *passim*. V. também ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 20-47.

²⁶⁹ Efetividade e eficiência não são desconectadas. Para que a tutela prestada seja efetiva, todos os interessados devem receber uma resposta adequada, em tempo não mais do que o suficiente para a solução do caso e com o menor dispêndio econômico, social e/ou psicológico possível (ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 45).

3.1.4 O problema das questões “extrajurídicas”: incapacidade de cognição judicial ou desafio epistêmico?

Em certa medida, as críticas que podem ser abarcadas aqui não são estranhas às que podem ser abrangidas pelo item anterior, porque, não sendo a “questão técnica” propriamente jurídica, como se costuma afirmar, isso exigiria a participação de outros sujeitos habilitados a falar sobre o assunto, acarretando mais custos ao processo – e assim por diante.

Porém, o foco aqui é outro, mais o da crítica “D” da tabela acima, especialmente levando em conta as características institucionais de que os juízes seriam generalistas²⁷⁰ e de que seu conhecimento seria, de modo exclusivo ou preponderante, jurídico. Por conta disso, alguns, desconfiando da capacidade do Judiciário, afirmam que os magistrados não teriam conhecimento suficiente em matérias complexas, comprometendo, então, sua competência para lidar com questões técnicas ou outras que não lhes seriam familiares.²⁷¹

A característica de os juízes não serem especialistas ou expertos, como outras, pode ser vista como positiva ou, no sentido já indicado pela crítica, negativa. A vantagem seria especialmente a de que a não especialização contribuiria para evitar a “captura” dos órgãos judiciais por grupos de interesse, ou seja, guarda relação com a ideia já trabalhada de independência.²⁷² Não obstante, no campo da policentria e da complexidade, é mais ressonante o outro aspecto, pela incompetência dos juízes em trabalhar com questões que tenham tais marcas, sugerindo-se que a decisão ficasse a cargo dos “órgãos especializados” (administrativos, especialmente).²⁷³ Há, aí, ao menos três pontos que merecem reflexão.

É inevitável a necessidade de angariar diferentes informações na busca de possíveis soluções nos litígios estruturais, ou, até mesmo antes disso, para a própria compreensão do caso. Inegável, também, que os casos estruturais fogem do padrão de litígio com que os juízes estão

²⁷⁰ “By the virtue of the process of recruitment and socialization and the apportionment of work, judges of a trial or appellate court of general jurisdiction is a generalist par excellence” (HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 26).

²⁷¹ “That judges are generalists means, above all, that they lack information and may also lack the experience and the skill to interpret such information as they may receive. [...] Judges are the likely to be doubly uninformed, on particulars and on context. This makes the process by which they obtain information crucial, for social policy issues are matters far from the everyday experience of judges” (Ibid., p. 31).

²⁷² BADIN, A. S. **Controle Judicial das Políticas Públicas**, ob. cit., p. 133. V. também CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.310 e 1.311; KOMESAR, N. K. **Imperfect alternatives**, ob. cit., p. 145-146.

²⁷³ Isso foi cogitado, nos EUA, em relação às reformas estruturais, conforme lembra FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 33. V. também KOMESAR, N. K. **Law's Limits**, ob. cit., p. 38-39, sobre vantagem e desvantagem institucionais nesse ponto. Quanto ao significado do termo competência, v. n. 244, acima.

acostumados a lidar rotineiramente, ainda que nem todos os casos não estruturais sejam “simples”. Não há como deixar de reconhecer que a atuação estrutural exige maior esforço do magistrado (e de toda a equipe do órgão judiciário, a rigor, além de outros integrantes da estrutura maior, como oficiais de justiça). Mas, novamente, isso deve servir antes de alerta que de justificativa para afastar o Judiciário desse campo. Alerta para pensar-se em mecanismos que atenuem a dificuldade, e a ampla participação que se cogita nos processos estruturais caminha nesse sentido.²⁷⁴ Se se pode afirmar que no processo tradicional os fatos e as provas são apresentados para o juiz, ou seja, para que ele possa “dar o direito”²⁷⁵, o cenário aqui tem de ser outro. As informações são produzidas conjunta ou coletivamente e não apenas *para o juiz*. Sequer é possível (se é que é possível em absoluto) considerar o magistrado como “oráculo”²⁷⁶ que, ao final, “dará o direito” conforme as provas produzidas.

Ademais, nem sempre se estará diante de uma “questão puramente técnica”, funcionando o processo como provocação ou convocação dos tomadores das decisões (os “órgãos técnicos”) para justificá-las, porque estão mais sujeitos à “captura”, seguindo o raciocínio acima exposto.

A propósito, quanto às agências reguladoras (“órgãos técnicos”), não é absurdo cogitar que em algumas situações sejam palco de disputas partidárias,²⁷⁷ prejudiciais aos fins regulatórios. Há, ainda, outros aspectos problemáticos:²⁷⁸ inexistência de quarentena em relação às atividades político-partidárias, de modo que aquele que teve mandato em agência reguladora pode candidatar-se ou ocupar cargo público imediatamente depois de sair daquela (migração política); muitos cargos de alta relevância nas agências ficam desocupados, impedindo a regulação dos respectivos setores, haja vista a ausência de quórum suficiente nas diretorias colegiadas (locaute regulatório); e não há aporte de verbas suficientes, recursos humanos ou infraestrutura para o adequado desempenho das funções (inanição regulatória). Acrescentem-se, ainda, duas outras situações que as agências reguladoras enfrentam: primeiro, conquanto a regulação também vise a corrigir assimetrias de informação, podem acabar “vítima” delas, pois as empresas ligadas à matéria regulada é que repassam as informações; ademais, pode ocorrer a captura, quando a regulação passa a atender interesses ou conveniência próprios dos agentes

²⁷⁴ Sobre a participação, v. parte II, capítulo 4, item 4.2.3.1.

²⁷⁵ Conforme o famoso brocardo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.

²⁷⁶ “*Socratic oracle*” é a expressão usada por SCOTT, J.; STURM, S. P. *Courts as Catalysts*, ob. cit., p. 569.

²⁷⁷ Como lembra MOREIRA, E. B. *Qual o futuro da Direito da regulação no Brasil?*, ob. cit., p. 132-133.

²⁷⁸ Também como aponta Ibid., p. 133-135.

econômicos destinatários, gerando, por exemplo, mono ou oligopólios²⁷⁹. Vê-se, então, que tampouco os “órgãos técnicos” são instituições perfeitas – são todas *imperfect alternatives*, na expressão de Komesar.

Além do mais, não é possível esquecer que críticas no sentido aqui discutido podem ter como premissa um tecnicismo exagerado, como lembra Fiss.²⁸⁰ Nem tudo é “pura técnica”, o que leva ao terceiro ponto de reflexão.

Mais importante, ainda, é perceber que pode ser feita a diferenciação entre a afirmada incapacidade de cognição *judicial* e uma incapacidade epistêmica relacionada ao próprio problema (isto é, não a sujeitos específicos quando tentam compreendê-lo). Ora, complexo é aquilo que se tem dificuldade de compreender, que é complicado. Pode, então, falar-se que a dificuldade se restringe ao plano judicial? Foi visto no capítulo 1 que a causalidade dos casos estruturais é outra, sendo uma trilha difícil tanto saber as causas (muitas vezes, rigorosamente, seria possível regredir *ad infinitum* na procura de causas a eliminar)²⁸¹ como as consequências de medidas adotáveis como solução (ainda que parcial ou provisória). Portanto, este problema epistêmico não é propriamente um problema judicial ou do processo.²⁸²

As questões policêntricas em si já representam um desafio epistêmico.²⁸³ São situações em que, mais do que a escolha daquele que tem mais “conhecimento técnico”, impõe-se uma atuação conjunta – e, em algumas ocasiões, a atuação objetiva afastar potenciais aspectos problemáticos dos “órgãos técnicos”, como os mencionados acima em relação às agências reguladoras.

Para finalizar este tópico, é pertinente mencionar especificamente uma linha das críticas abarcadas pela “incapacidade de lidar com questões que fogem do jurídico”. Trata-se da competência dos juízes para trabalhar com questões distributivas, mais especificamente aquelas

²⁷⁹ NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 36, p. 101-132, out./dez. 2011, p. 123-126.

²⁸⁰ “The argument for diversion to administrative agencies thus seems to rest on exaggerated claims of expertise, a recurrence of a myth of Progressivism” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 34).

²⁸¹ “Similarly in wrongful system analysis, as one focuses more deeply on one particular condition, its underlying structures are revealed and a deeper understanding of that condition and its relationship with others is obtained. This magnification can continue *ad infinitum*” (SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations...**, ob. cit., p. 28-29). Isto é, não há “*natural stopping points*”, conforme FISS, O. M. *Complex Enforcement*, ob. cit., p. 636.

²⁸² Segundo Fiss, “the problem is largely one of knowledge, knowing how large-scale organizations operate, not the distribution of that knowledge among various agencies” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 33-34).

²⁸³ É bom deixar claro que pode haver um paralelismo com o problema da verdade no processo, mesmo que individual, trazendo questões semelhantes ou correlatas, mas aqui se faz um recorte, de modo a não adentrar essa problemática.

que envolvem o orçamento público, escolhas alocativas de recursos.²⁸⁴ Ela relaciona-se com o fato de que, para empreender reformas estruturais, são necessários recursos, para além daqueles do Judiciário no exercício de sua atividade. Essa crítica é bastante conhecida, por exemplo, no campo da “judicialização da saúde” ou da “judicialização da educação”. Para serem fornecidos medicamentos e tratamentos médicos ou para serem criadas mais vagas em creches, é inegável a necessidade de que haja recursos materiais para tanto.²⁸⁵

Relacionado a isso, Horowitz pontua que as questões com que o juiz usualmente se depara seriam basicamente saber (i) se uma parte tem um direito e (ii) se a outra tem um dever, enquanto a que surge para um planejador, da esfera executiva ou legislativa, seria saber quais são as alternativas. Desse modo, o foco nos direitos impediria que os respectivos custos fossem levados em conta, porque, a princípio, conforme afirma, os direitos existiriam independentemente dos custos, isto é, se alguém tem um direito, isso seria a qualquer custo (ou, ainda, se direitos existem, eles não são limitados por consideração de custos).²⁸⁶

Realmente, como se costuma pontuar como característica institucional, o Judiciário decidiria sobre princípios e direitos, com base em argumentos racionais, ou seja, não decidindo “de forma política” ou por meio de barganhas (geralmente).²⁸⁷⁻²⁸⁸ Efetivamente, a tomada de decisão no âmbito judicial não se dá da mesma forma que no processo político, não são levados

²⁸⁴ Fuller coloca a alocação de recursos como uma questão policêntrica, e disso deriva uma consequência: “Generally speaking, it may be said that problems in the allocation of economic resources present too strong a polycentric aspect to be suitable for adjudication.” (FULLER, L. L. *The Forms and Limits of Adjudication*, ob. cit., p. 400).

²⁸⁵ Defendendo a necessidade de *mais dinheiro* para realização dos direitos sociais, v. SILVA, V. A. da. *O Judiciário e as políticas públicas*, ob. cit., p. 593 e ss.

²⁸⁶ HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 34. E, adiante, complementa que “the focus on rights obscures the ultimate nature of the social policy choice being made, and so does the judges’ lack of budgetary authority or responsibility” (Ibid., p. 38).

²⁸⁷ “The rights-and-principles tradition argues that judicial decisionmaking is strongly differentiated methodologically from other forms of public decisionmaking. To a unique extent, judges must reason prescriptively from authority, rather than instrumentally with reference to goals. And the judge’s isolation from other officials and her relative lack of accountability for the practical effects of her decisions is sometimes praised as a key element of the judicial ‘independence’ that is a key feature of the rule of law.” (SIMON, William H. *Toyota Jurisprudence: Legal Theory and Rolling Rule Regimes*. **Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers**, paper 0479, 2004, p. 7)

²⁸⁸ Falou-se *geralmente*, pois se pode pensar na hipótese de ocorrer barganha nos órgãos colegiados, ainda que muitas vezes apenas em relação a questões pontuais, sem alteração substancial do resultado (v. MENDES, C. H. **Controle de constitucionalidade e democracia**, ob. cit., p. 126-127). Sobre a barganha política em cotejo com a decisão judicial baseada em princípios, v., ainda, DIVER, Colin. S. *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions*. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, fev. 1979 (a “pedra de toque” da barganha seria *poder*, não princípio; os litígios de reformas estruturais assumiriam também o caráter de barganha, cenário em que o juiz tem, para o autor, o papel de *powerbroker*). De todo modo, mesmo que aceita ou até mesmo preferível a negociação nos casos estruturais, não parece que seja no sentido de que o resultado visado ou alcançado é aquele benéfico apenas a uma das partes (deve ser uma solução *win-win*, em contraposição ao *win-lose*). Rejeitando a utilização da lógica da barganha nesse sentido, v. STURM, S. P. *A Normative Theory of Public Law Remedies*, ob. cit., p. 1.413-1.417 e p. 1.431, n. 401).

em conta os mesmos fatores. Porém, isso não pode significar um isolamento do direito, no sentido de não importar nenhum argumento dito “não jurídico”. Ora, por mais que se esteja em um debate jurídico, não é possível, no mínimo em casos estruturais, olhar a situação concreta com as lentes de categorias forjadas em um contexto histórico específico e bastante distinto do nosso (p.e., do *direito subjetivo*). Há outros argumentos que precisam ser levados em conta, para que a decisão não seja apenas uma “folha de papel” (não factível) ou traga mais consequências negativas do que se o direito não tivesse sido reconhecido. Isso deve ser valorado não como uma “deturpação” do debate jurídico, mas visto como um reconhecimento de que o isolamento, se já foi, não é mais viável.²⁸⁹

Portanto, nos litígios estruturais, conformados levando em conta a policentria e a complexidade que os marcam, haverá abertura para outros fatores, incluindo a questão dos custos. Não é novidade que os direitos têm custos,²⁹⁰ e ainda mais pensando em litígios complexos não há como ignorá-los. De novo, se se mira realizar transformações palpáveis, desconsiderar os custos seria não apenas irresponsável²⁹¹ como ingênuo.²⁹² Isso não quer dizer que a crítica em questão possa ser completamente afastada, mas pode ser atenuada pelo que foi dito acima – e em mais um sentido.

Não há como pretender afirmar que, por haver abertura a outros fatores, o juiz estaria plenamente apto a fazer as escolhas e alocações orçamentárias. Isso também seria ingênuo. A atenuação se dá em razão de que aqui se põe em xeque que a atuação jurisdicional se coloque, como regra, na linha do comando-e-controle, muitas vezes seguida, por exemplo, em processos individuais (mas não só), em que o magistrado simplesmente ordena que determinada prestação

²⁸⁹ Com Fiss: “[...] the judge confronted with a complex case is likely to seek expert advice from those versed in disciplines other than law. This is instrumental activity pure and simple, but it is not in any way confined to structural reform. It is intrinsic to any enterprise or institution that seeks to make a difference in people’s lives and therefore must interact with the social, political and economic environment in which these people live. To demand of the law an autonomy that prohibits judges from engaging in instrumental judgments of this character is to make it a practical irrelevance.” (FISS, O. M. Coda, ob. cit., p. 240-241).

²⁹⁰ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque e Londres: W. W. Norton & Company, 1999; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nasceram em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

²⁹¹ V. GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**, ob. cit., p. 230.

²⁹² De todo modo, alerte-se que o discurso da escassez de recursos, no sentido de que não poderiam cobrir todos os custos para os direitos serem atendidos, não pode deixar de ser visto com cautela. Isso para que não sirva para “cerrar el debate antes de empezar” (expressão de PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 192). Afirma a autora que considerar simplesmente que não há recursos é naturalizar determinados limites do distribuível, legitimando em certa medida o *status quo* (Ibid., p. 192). De fato, não pode esquecer-se que a escassez apresenta uma faceta relativa, no sentido de que *escolhas* também podem ser causas da dita escassez, não apenas consequência. Também, imaginar que os problemas decorrem simplesmente de opções orçamentárias é uma generalização que não parece adequada. Para além da questão de condutas ilícitas relacionadas às verbas públicas, tem-se que estas podem ser empregadas de modo mais – ou menos – eficiente, além de fatores culturais relativos àqueles que as utilizam poderem alterar o resultado.

seja realizada, com o emprego de medidas coercitivas. Mais adequado parece ser que o juiz não tome a decisão isoladamente, além das hipóteses em que decisões específicas sequer sejam por ele tomadas. Deve considerar vários aspectos e possibilitar ampla participação, provocando a discussão a respeito²⁹³ e caminhando com base na técnica de erros-e-acertos, em uma perspectiva experimental.²⁹⁴

3.1.5 O problema do ensino jurídico

Pode ser cogitado o problema do ensino jurídico, que ainda mais afunilaria a competência dos juízes (assim como dos advogados, defensores, promotores, procuradores, etc.) em lidar com os casos estruturais,²⁹⁵ o que é pertinente, mas a nota aqui será ainda mais breve. A nota é curta, aliás, porque sequer são necessárias muitas linhas para demonstrar os problemas do nosso ensino jurídico,²⁹⁶ em grande parte inserido em uma “cultura manualística” (e simplificadora), o que traz dificuldades quando se sai do “*descomplicated-law-in-the-books*” para o “*law-in-action*”.

Apenas para citar alguns exemplos de complicações que isso pode acarretar nos litígios estruturais, pense-se na falta de interdisciplinariedade, considerando o que foi dito acima acerca da necessidade de se levarem em conta diferentes espécies de argumentos ou, ainda, o papel que o juiz tende a desempenhar muitas vezes, o de *manager*, não de *decisor-oráculo*. Komesar, tratando da análise institucional comparativa, também menciona que os estudantes de direito, para que possam proceder a tal avaliação (e então lidar com a complexidade), como administradores, advogados, juízes ou legisladores, precisam sair com uma boa compreensão das instituições, assim como da interação entre elas ou das vantagens relativas. Isso certamente se aplica aos casos estruturais, que acabam também por envolver escolhas institucionais.²⁹⁷

Não obstante, esse problema, embora existente, não parece suficiente para afastar a atuação do Judiciário, mesmo porque não apenas os juízes e advogados têm formação jurídica. Mais do que isso, se levado ao extremo ou a um nível até caricatural, as portas do Judiciário

²⁹³ Inclusive no sentido de forçar a justificação das escolhas pelos tomadores de decisão. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva sugere que, “se o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for” (SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 598).

²⁹⁴ Sobre o experimentalismo, v. parte II, capítulo 4, item 4.1.2.

²⁹⁵ V., p. e., SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 596.

²⁹⁶ V. MOREIRA, Egon Bockmann. Algumas reflexões sobre o ensino e a prática jurídica. **Jornal Gazeta do Povo**. Curitiba. 11 dez. 2014.

²⁹⁷ KOMESAR, N. K. **Law’s Limits**, ob. cit., p. 177 e ss.

deveriam ser desde logo fechadas. Não é possível deixar de atuar simplesmente com base nisso, parando “pra ver a banda passar”. É profundamente necessária uma mudança de “mentalidade”,²⁹⁸ no que tem acentuado peso o ensino jurídico, mas as coisas continuam acontecendo enquanto ele se aprimora (ou não).

3.1.6 O problema da distorção e da falta de isonomia: do individual ao coletivo

Duas são as críticas da tabela que podem ser especialmente inseridas aqui (C e F). A primeira delas é relativa à isonomia, no sentido de a que atuação do Judiciário em relação a litígios pertinentes a problemas estruturais²⁹⁹ geraria uma quebra da isonomia, mostrando-se o processo então como uma via inadequada para tutelar os direitos em jogo, se observada a situação como um todo.

A quebra da isonomia pode ocorrer em dois sentidos. Primeiro, que o bem será obtido somente por aqueles que conseguirem chegar ao Judiciário, considerando os diversos fatores que afetam o acesso à justiça. Isso pode agravar desigualdades já existentes, dado que o acesso é mais fácil para aqueles que já têm mais recursos. Esse é o sentido básico (mas não menos importante) da quebra da isonomia, pois não é preciso pensar na rivalidade dos bens (isso sem considerar o próprio serviço de prestação de tutela jurisdicional). É passando para essa segunda dimensão que a situação se agrava e que a crítica se acentua quando envolvidos problemas policêntricos: “Se se trata de questões comuns, ou de bem comum, a iniciativa de alguns pode significar, mediatamente, a lesão de outros”³⁰⁰. Ou seja, o que se concede a um afetará o que é possível conceder aos demais.

Ambas se ligam à inércia judicial (e aos princípios da demanda e da correlação), pois somente será considerado o direito de quem provocou o Judiciário, ainda que em prejuízo daqueles que não o fizeram ou que não puderam fazê-lo. Justamente porque é inerte,³⁰¹ o juiz

²⁹⁸ ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 21-23. E não apenas do juiz, mas de todos os participantes.

²⁹⁹ Pertinência, porque muitas vezes sequer são compreendidos como tal e/ou construídos como casos estruturais, mas individuais ou coletivos bipolares. Esse é um dos empecilhos abordados no tópico.

³⁰⁰ LOPES, J. R. de L. *Justiça e poder Judiciário*, ob. cit., p. 32.

³⁰¹ O princípio da demanda também é fundamentado na disponibilidade do direito subjetivo ou, na verdade, esta fundamentaria a própria inércia: “A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 47). O transplante desse fundamento para o campo dos litígios estruturais, porém, parece problemático.

não pode conhecer daquilo que não lhe foi trazido como uma demanda.³⁰² Não pode ampliar, não pode fugir, tampouco pode ficar aquém. Consequentemente, terá de prolatar uma sentença de acordo com a demanda ajuizada (congruente), caso contrário ela será nula, se não inexistente.³⁰³ É o que se afirma.

Assim, o juiz ficaria “engessado”, o que é bastante negativo quando o pleito se relaciona com problemas policêntricos. Podem ser deixados de fora, por exemplo, interesses que ninguém individualmente tem incentivo suficiente para levar ao Judiciário,³⁰⁴ e podem ser interesses relevantes na análise do problema na perspectiva “global”. Ainda, por conta desse engessamento, o juiz não teria muitas alternativas para lidar com o caso, seja porque estaria adstrito à demanda *individual*, seja porque não poderia modelar a sentença, restringindo-se ao julgamento de procedência ou de improcedência.³⁰⁵

Essas razões levam ao problema da distorção, ligado à crítica F da tabela. Fuller anotou que uma das possíveis consequências de trabalhar-se com problemas policêntricos no exercício da jurisdição é a de que o juiz pode acabar reformulando-os para possibilitar que sejam resolvidos por meio do processo (bipolarizado).³⁰⁶ Em outros termos, seriam distorcidos. Indubitavelmente, as lentes bipolarizantes distorcem ou desfocam o problema e, assim, a situação fica ainda mais problemática. Essa advertência, aliás, já foi feita no capítulo anterior. Fuller tem razão nessa parte. Efetivamente (ou seria inefetivamente?), o processo tradicional é estreito e inadequado – além de, pela distorção e pela quebra de isonomia, perverso. Mas a inadequação do processo não pode automaticamente ser transportada para o plano da capacidade do Judiciário, pois é possível lançar mão de outro processo, ainda que não sem dificuldades.

Para evitar distorções e quebras de isonomia, tanto não se pode contar com um processo individual como com um coletivo que ainda opere sob a lógica bipolar.³⁰⁷ Outro modelo de

³⁰² Sem esquecer, ainda, o princípio dispositivo.

³⁰³ Levando ao extremo o raciocínio, é nesse sentido que se afirma que, se não há demanda, não há exercício de jurisdição (não pode haver), e, então, eventual sentença será juridicamente inexistente. Sem demanda, sem jurisdição, sem sentença, sem coisa julgada.

³⁰⁴ Ou que encontram outras barreiras de acesso à justiça.

³⁰⁵ V. também o que já foi dito a respeito, capítulo 2, item 2.1.3.

³⁰⁶ FULLER, L. L. *The Forms and Limits of Adjudication*, ob. cit., p. 401.

³⁰⁷ Isto é, em que se mantém o esquema juiz-autor-e-réu. Encaixa-se ainda no paradigma da resolução de disputas (mesmo que com eventual papel mais ativo do juiz): “The usual standard of comparison, the dispute-resolution model, is triadic and highly individualistic: a lawsuit is visualized – with the help of the icon of justice holding the scales of justice – as a conflict between two individuals, one called plaintiff and the other defendant, with a third standing between the two parties, as a passive umpire, to observe and decide who is right, who is wrong, and to declare that the right be done.” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 17).

processo é necessário, que contemple um procedimento também compatível com essa outra realidade, tendo como ponto de partida a coletivização do tratamento.³⁰⁸

3.1.7 O problema do procedimento prefixado em lei e do objeto do processo: da rigidez à construção do caso e do procedimento

O que foi dito acima conduz, em parte, a este ponto. Um processo fragmentado, em que se analisa “*one case at a time*”, acarreta distorções. Porém, mesmo que se supere o plano do individual x coletivo, supondo uma concordância acerca da necessidade de os problemas policêntricos serem tratados coletivamente, as complicações permanecem. Em parte em razão do esquema inércia-demanda-congruência, já comentado, aliado ao princípio dispositivo e à pretensão de conferir estabilidade ao objeto do processo. Tudo isso encontra, ainda, dificuldade em querer encaixar casos complexos em procedimentos rígidos (rigidez não só pela estabilização, mas também pela alegada necessidade de que seja seguida uma sequência preordenada de atos – preordenação *em lei* –, sob pena de violação do devido processo legal).

Como visto, os casos estruturais são complexos e policêntricos, implicando que o seu tratamento judicial não combina com inflexibilidade. Muito por conta do “desafio epistêmico” antes mencionado, não há como estabelecer que apenas as partes “propriamente ditas” possam trazer os fatos que serão apreciados pelo juiz. Muito menos é viável empregar a ideia de conferir estabilidade ao que se litiga, pois é provável que no início sequer se tenha conhecimento suficiente para formular uma demanda indiferente ao tempo.

Retome-se o princípio dispositivo, segundo o qual as partes têm o poder de dispor da causa, de modo que, especialmente, o juiz não pode ir além dos fatos alegados por elas.³⁰⁹ Ora, a ideia apresenta dificuldades no campo estrutural, haja vista os fatos que devem ser considerados para chegar-se a uma solução ou a soluções adequadas, muitas vezes inicialmente desconhecidas por todos ou pelo legitimado coletivo. Ademais, uma rigidez quanto ao momento em que ou até o qual devem ser alegados é incompatível com a flexibilidade necessária. Uma das características dos casos estruturais é a prospectividade e pretender tal estabilização só é possível

³⁰⁸ V. parte II, capítulo 5, item 5.1.1. A coletivização e a ampliação do processo também permitem atenuar a crítica de Horowitz no sentido de que decisões fragmentadas (como se tem no processo tradicional) elevam o risco de gerar consequências inesperadas. Apesar de para ele nenhuma instituição conseguir lidar com tudo ao mesmo tempo, o que é um fato inafastável, o processo em sua fragmentação seria ainda mais perigoso (HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 37).

³⁰⁹ SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil**, ob. cit., v. I, p. 45-48.

quando se está olhando retrospectivamente. Impedir que a apresentação dos fatos e a articulação do objeto do processo se dê em outra dinâmica (ou de forma dinâmica) seria forçar outra distorção e, em grande medida, isso sim, condenar a prestação jurisdicional à infactibilidade.

É necessário perceber que os litígios estruturais são, a rigor, construídos em juízo, com a participação do juiz e dos demais interessados chamados ao processo. É no dinamismo que se desenharão e redesenharão os contornos do caso, conforme as informações são obtidas (ou as alternativas testadas, testes que também se traduzem em informação, a rigor). E tudo isso só é possível se houver flexibilização procedimental, não sendo aceitável o argumento de que haveria violação do devido processo legal. Devido processo legal não é simplesmente procedimento estabelecido em lei, muito menos “procedimento ordinário”, mas a utilização de técnicas processuais adequadas e idôneas, com respeito às garantias processuais. O que a tipicidade das formas processuais pode proporcionar é uma igualdade formal e ilusória.³¹⁰

A flexibilização nesses casos é que proporcionará o uso de técnicas compatíveis com as necessidades concretas, sem representar violação de garantias. Diferentemente, o contraditório, por exemplo, pode ser muito mais efetivo com uma ampla participação. Assim, também, haverá espaço para a isonomia e para ampliação do acesso à justiça. Lembre-se, por fim, que flexibilização não é sinônimo de aleatoriedade ou arbitrariedade. A participação aliada a um papel (cri)ativo do juiz traz a possibilidade de que se estabeleça conjuntamente como se dará o próprio procedimento.

3.1.8 O problema da participação individual e o da representatividade e da representação

Os dois problemas – o da participação individual e o da representatividade e da representação –, colocam-se em momentos distintos, pois se fincada a premissa quanto à necessidade da primeira, é até dispensável a outra discussão. Começa-se pela primeira questão.

Para Fuller, o processo judicial não seria adequado para lidar com os problemas policêntricos. O caráter distintivo da jurisdição seria a possibilidade de a parte afetada participar do processo de decisão, seja por meio da produção de provas, seja por meio da apresentação de

³¹⁰ Até mesmo no âmbito individual. Sobre o assunto, v. MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., capítulo 5, entre outros. “Insisting on an adversarial process as the only measure of fair and effective process defeat the deeper values motivating due process, such as participation, information generation, and effective problem solving” (STURM, Susan P. Equality and the Forms of Justice. **University of Miami Law Review**, v. 58, p. 51-82, 2003, p. 72).

argumentos, em um esquema adversarial.³¹¹ E, não havendo a participação de todos os afetados quando do desempenho de tarefas policêntricas (até porque muitas vezes não seria possível saber quais seriam eles), o processo já por isso seria um mecanismo inidôneo.

Entretanto, como afirma Owen Fiss, partir da *necessidade* de que os indivíduos afetados participem pessoalmente do processo não só implica concluir que este seja inadequado para lidar com casos estruturais, como torna inviável praticamente toda a atividade jurisdicional que resulte em criação de normas públicas. Isso porque a criação é quase sempre policêntrica, afetando um amplo número de pessoas e não podendo todas dela participar. Aliás, nessa linha, a própria doutrina dos precedentes poderia se tornar inviável: é afetado quem não participa.³¹²

De fato, parece não haver razões suficientes para considerar que a participação no processo deva ser individual. As próprias ações coletivas deveriam ser colocadas em xeque se assim fosse.³¹³ É possível considerar que deve haver a representação adequada *dos interesses*, ou seja, não que cada um tenha de participar *pessoalmente* do processo (não é que cada pessoa tenha direito ao seu *day in court*, mas a que seu interesse seja adequadamente representado).³¹⁴ Nossa Constituição prevê o acesso à justiça e o contraditório, mas nada disso impõe que a participação seja pessoal,³¹⁵ até porque se o fizesse seria uma garantia em boa parte ilusória.³¹⁶

³¹¹ FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication, ob. cit., p. 364 e ss. “In Fuller’s theory, individual participation through reasoned argument in an adversarial format was the institutional form that made it possible for courts to develop sound principles and render good decisions. Fuller focused on process rather than outcome in his definition of adjudication because he believed that norms of reasoned argument and adversarialism were the *natural ordering principles* for adjudication and, as such, comprised adjudication’s rational core essential to good outcome.” (BONE, R. G. Lon Fuller’s Theory of Adjudication and the False Dichotomy..., ob. cit., p. 1.303).

³¹² FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 41.

³¹³ Embora se vá dizer que no caso das ações coletivas a coisa julgada é formada apenas para beneficiar, de modo que sempre estaria garantida a participação *individual* para obtenção da tutela jurisdicional favorável, a ausência de prejuízo pela tutela coletiva é imaginária em diversas ocasiões. V., p. e., GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 143.

³¹⁴ V. FISS, Owen M. The Political Theory of the Class Action. **Washington and Lee Law Review**, v. 53, n. 21, 1996, p. 25.

³¹⁵ V. ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 201-202.

³¹⁶ “The axiom seems to celebrate the individual, but would leave the individual at the mercy of large aggregations of power – in *Lochner*, the corporation; here, the state bureaucracies. Deprived of the opportunity to use the courts to protect himself, to have the full use of these centers of government power that stand apart from the state bureaucracies, the individual is thrown back to those social processes that are supposed to respect his participatory right – dispute resolution, voting, and bargaining. Each of these processes has important roles to play in our social life, but it is hard to believe that any of them enhance the *real* or *effective* – as opposed to the formal – power of those individuals who are abused by the large-scale organizations of the modern state, the school system, the hospital, the welfare department, or, even worse, the prison. [...] A conception of adjudication that strictly honors the right of each affected individual to participate in the process seems to proclaim the importance of the individual, but actually leaves the individual without the institutional support necessary to realize his true self.” (FISS, O. M. The Forms of Justice, ob. cit., p. 44). Quanto a isso: “Another reason for the incompleteness of Fuller’s work was his fail to take account various domestic forms of adjudication. In a letter to Frank Newman [1959], Fuller said that he had ‘in mind through-out’ the American desegregation decrees of mid-1950s, but he did not update his paper in the light of further development of American public-law litigation in the civil rights era” (ALLISON, John W. F. A

Ademais, há diferentes hipóteses albergadas pelo direito processual civil que seriam impensáveis à luz da premissa o-processo-exige-participação-individual. Entre elas, estão: o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do CPC/73),³¹⁷ os recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC/73),³¹⁸ a edição de súmulas, especialmente as vinculantes, bem como sua aplicação para não recebimento da apelação (art. 518, §1.º, do CPC/73)³¹⁹ ou decisão monocrática do relator do recurso (art. 557 do CPC/73),³²⁰ e as próprias ações de controle principal de constitucionalidade.³²¹ Certamente, não há a participação *pessoal* das partes na formação desses entendimentos que devem ser aplicados nos seus casos individuais, e muito provavelmente de nada adiantará elas “terem direito de individualmente produzir provas e apresentar argumentos”.³²²

Posto isso, chega-se à problemática da representatividade e da representação. A diferenciação feita é a de que a representatividade guarda relação com a verificação de se o interesse alegado em juízo de fato seria o interesse do grupo e se a proteção que se pretende é também aquela que mais convém aos titulares, em ambos os casos considerando, ainda, a possibilidade de existência de divergências internas, não somente um descolamento do legitimado coletivo em relação aos titulares. Por outro lado, o termo representação é utilizado para designar a forma como esse legitimado vai atuar em juízo, com o fim de proteger aquele interesse, qualquer que seja.³²³

Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996, p. 203, nota de rodapé omitida).

³¹⁷ Equivalente ao art. 332 do CPC/15, estabelecendo que o juiz deve julgar liminarmente improcedente o pedido em razão de contrariedade a súmula do STJ ou STF, a decisão em recursos repetitivos daquelas cortes, a entendimento fixado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, bem como a súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

³¹⁸ Equivalente ao art. 1.036 do CPC/15, sendo que o art. 1.039 dispõe que, julgados os recursos representativos selecionados, “os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.” Também, o parágrafo único de tal dispositivo, que, não reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário, “serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado”.

³¹⁹ Já o CPC/15 prevê que os autos serão remetidos ao tribunal independentemente de juízo de admissibilidade na primeira instância (art. 1.010, § 3.º).

³²⁰ Equivalente ao art. 932, III, IV e V, do CPC/15, sendo que as hipóteses dos incisos IV e V seguem aquelas indicadas para o julgamento liminar de improcedência (art. 332).

³²¹ Do mesmo modo, o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, previsto no CPC/15 (art. 976 e ss), sendo que: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

³²² V., sobre isso, ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 190-200.

³²³ Essas questões são bastante relevantes e discutidas no processo coletivo, mas não serão trabalhadas detidamente neste trabalho. De todo modo, vale, ainda, a nota de que o termo representação pode ser compreendido como mais

Em certa medida, especialmente no que toca à primeira, parece que o problema é mais *de ação coletiva* (plano sociológico) do que *das ações coletivas*. De novo, porém, em determinados aspectos, não será necessariamente um problema processual ou judicial, mas da própria figura representativa. Não obstante, é realmente relevante refletir e criar mecanismos de controle.

Em casos estruturais tende a ser maior a heterogeneidade e, dessa forma, é acentuado o problema da representatividade, dado o alto grau de complexidade.³²⁴ O sentido de uma possível remoção ou ao menos minoração deste obstáculo talvez seja o mesmo já traçado, de que um papel mais ativo do juiz e um controle mútuo pela participação de diferentes atores possam reduzir os “efeitos colaterais” da representação de interesses no processo coletivo.³²⁵

Por isso é que Fiss, por exemplo, sugere que a lógica nos casos estruturais não pode ser binária, sendo importante “encontrar um grande número de representantes, cada um talvez representando diferentes pontos de vista em relação ao que é do interesse do grupo de vítimas”.³²⁶ Isso não significará a *criação* de diferentes visões, apenas um reflexo do que já existe fora do processo (e que deve ser nele visibilizado, para o problema não restar distorcido). Novamente, aqui, é útil a percepção de que o caso é mais construído no curso do processo do que “trazido pronto” ou delineado desde logo, em uma “fase postulatória” inicial.

3.1.9 O problema da retrospectividade e do regime de provas

Como visto no capítulo 1, os casos estruturais têm a característica da *prospectividade*, estão orientados para o futuro, o que conflita com a perspectiva do processo tradicional, essencialmente retrospectiva. É possível ir mais longe, com Horowitz, para indicar que tampouco

amplo que o de representatividade. Pode-se entender, como colocado por Antonio Gidi, que “o ‘grau de representatividade’ da associação perante o grupo seja um dos critérios através do qual o juiz poderá avaliar aprioristicamente se o autor do processo coletivo tem condições de ser um representante adequado. Essa análise envolve considerações como sua reputação, o número de sócios, sua abrangência territorial, o seu histórico na proteção dos interesses do grupo etc. Assim, a representatividade é um elemento da representação adequada” (GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 113).

³²⁴ “Problems of representativeness correlate with complexity and, therefore, with strains on judicial competence and resources and all of these correlate with increasing concerns about the trustworthiness of the adversarial process” (KOMESAR, N. K. **Law's Limits**, ob. cit., p. 49).

³²⁵ V. FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 26-27. V. também CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.311-1.312. O papel mais ativo é importante para afastar afirmações neste sentido: “The difference, of course, is that, while legislators may accord access to such interested parties, they need not confine themselves to the information provided by the parties. The courts, for the for the most part, are more dependent on the parties that come before than for the view of the issues they obtain” (HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 296).

³²⁶ No original: “to find a great number of spokesmen, each perhaps representing different views as to what is in the interest of the victim group” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 21).

seria um problema apenas processual ou probatório. Ele levanta esta dificuldade na relação do Judiciário com políticas públicas, campo em que se lida mais com *probabilidades*.³²⁷

O próprio raciocínio jurídico não seria adequado, o que tem a ver com dois pontos já trabalhados, da afirmação de que o Judiciário lidaria (somente) com direitos e princípios e do ensino jurídico. O que interessa aqui, porém, é a questão de a própria estrutura processual ser marcada pela retrospectividade, e a maior evidência é o regime probatório. Não é difícil perceber que não só está voltado ao passado,³²⁸ como a uma *certeza* sobre ele.³²⁹

Nos casos estruturais, falar de certeza é bastante complicado. Tem maior incidência, muitas vezes, a noção de *probabilidade*, conhecida do processo civil, mas nunca para conceder propriamente a tutela jurídica, apenas uma “proteção fática”.³³⁰ Ainda, mesmo que se diga que o raciocínio não é meramente retrospectivo, podendo abarcar algo que está para acontecer, a inquirição é marcada pela estaticidade.³³¹ Em outros termos, mesmo quando voltado ao futuro, há dificuldade em lidar com aquilo que é dinâmico.

O sistema probatório deve ser, de fato, repensado para viabilizar a busca de informações relativas aos litígios estruturais,³³² para possibilitar a obtenção e análise de dados de pesquisas empíricas, por exemplo. A doutrina do processo coletivo já vislumbra alternativas a serem utilizadas nessas dimensões e que podem aqui ser úteis.³³³ Não obstante, não apenas os meios de

³²⁷ “Legal reasoning does tend to be every-last-case reasoning, rather than run-of-cases reasoning. Whatever the rationing problem may have required, most problems of planning and social policy require a mindset fixed on the behavior of most of the people, most of the time. [...] the adjudication does seem to reinforce this mode of thought. In litigation, the traditional unit of analysis is individual case, and standards of individual compliance tend to be absolute.” (HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 32).

³²⁸ Pretende-se a “reconstrução dos fatos”, o juiz é equiparado a um *historiador*. Como já lembrava Piero Calamandrei, é “corriente entre los procesalistas, especialmente en la sistemática de la fase de cognición, el uso de expresiones que aproximan la actividad del historiador. El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos; del juez, como del historiador, se dice también que no debe llevar a cabo una labor de fantasía, sino una obra de elección y de construcción sobre ‘datos’ preexistentes.” (CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 107). E vale acrescentar que o aspecto de historiador não é somente relacionada aos fatos, mas também à própria “vontade concreta da lei”, que se forma fora do processo (v. Ibid., p. 120-121).

³²⁹ Se falharem, então, aplicam-se as regras do ônus da prova.

³³⁰ Na linha da crítica operada por SILVA, O. A. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, ob. cit., p. 179-181.

³³¹ HOROWITZ, D. L. **The courts and social policy**, ob. cit., p. 275.

³³² “There is a tension between two different judicial responsibilities: deciding the particular case and formulating a general policy. Two different kinds of fact-finding processes are required for these two different functions” (Ibid., p. 47).

³³³ P. e., prova estatística ou prova por amostragem, o que se coaduna, aliás, com a ideia de probabilidade. V. GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 266-267; **Rumo a um código de processo civil coletivo**, ob. cit., p. 129-131.

prova têm de ser os mais diversificados,³³⁴ mas será relevante a própria atribuição do ônus da (não) prova de outra forma, para lidar com as incertezas.³³⁵

3.1.10 O problema da certeza e do término do processo

O processo civil é marcado pela ideia de certeza e segurança, e o que foi dito acima reforça isso. Pode dizer-se que o “ápice” do processo tradicional é a formação de coisa julgada (não a efetiva satisfação do direito).³³⁶ E não é qualquer juízo que possibilita a sua formação. A sentença tem de ter força declaratória suficiente e não pode ser condicional (afinal, como haverá certeza e segurança condicionando a eficácia da sentença a evento futuro e incerto?!). Assim, a sentença certa permite a “resolução da lide”, resolução esta que trará segurança justamente por força da coisa julgada. Além de tudo isso, o processo deve ter um fim e essa coisa julgada representa justamente isso. Havia o “paraíso da sentença condenatória”: chega-se à sentença com coisa julgada e o processo se encerra, pois a prestação jurisdicional já foi entregue; a execução seria um outro problema – e um problema do credor; se quisesse, que iniciasse a execução³³⁷.

Nesse cenário, não é necessário muito esforço para chegar a este questionamento: como compatibilizar esse raciocínio (ou essa rigidez) com a dinâmica (e dinamicidade) dos casos estruturais? Em vários aspectos a compatibilização é problemática.

Primeiro, veja-se a vedação de sentença condicional. Ela se aplica ou tem como se aplicar ao processo coletivo ou mais especificamente ao processo coletivo-estrutural? Ademais, é possível o fim do processo ou ao menos um fim próximo nesses casos complexos? Como regra, o fim simplesmente com a sentença acobertada pela coisa julgada é inviável, já que, com os

³³⁴ E podem ser elaboradas por órgãos da Administração Pública, em tese mais acostumados com as probabilidades.

³³⁵ Além do mais, quais são os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos nesses casos? É possível fazer uma diferenciação? E em todos os casos do gênero? Quanto ao ônus da prova em reformas estruturais, v., p. e., GEWIRTZ, P. Choice in the Transition, ob. cit., p. 783 e ss.

³³⁶ “La cosa juzgada es el fin del proceso. Éste apunta hacia la cosa juzgada como hacia su fin natural. [...] Si no culmina en cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, p. 411). Não obstante a afirmação, isso não significa que esteja o autor despreocupado com a realização da decisão, pois “conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión, significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional” (Ibid., p. 444).

³³⁷ Foi o regime geral até as leis de reforma executiva, separando-se antes o “processo de conhecimento” do “processo de execução”. Mesmo atualmente, havendo os chamados “processos sincréticos”, não necessariamente estamos longe da coisa. É muito disso que se tem quando se exige requerimento para cumprimento de sentença ou, mais ainda, quando se afirma que só depois disso é que o réu tem a obrigação de cumprir a decisão judicial (vide discussão acerca do momento de incidência da multa do art. 475-J do CPC/73). Tal multa está prevista no art. 523 do CPC/15, que, aliás, dispõe: “[...] o cumprimento definitivo da sentença *far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.*”

litígios estruturais no sentido aqui proposto, visam-se a alterações “de fato”, ou seja, é, ao menos tendencialmente, insuficiente a tutela conferida por decisões autossuficientes.³³⁸ Há abertura para o futuro e para a incerteza.

Em casos estruturais, não é rara a realização de um plano para cumprimento – o que pode implicar a (re)formulação de uma política pública. É possível, nessa hipótese, de antemão, saber qual é o direito, quais são seus contornos exatos e qual seria a pretensão individual ou mesmo coletiva? Por outro lado, há como o processo ser de curta duração? Parece que a resposta é negativa para ambas as perguntas.³³⁹ É claro que mesmo o processo tradicional não termina rápido; ninguém nega a generalizada morosidade ou a possibilidade de atraso na satisfação dos direitos, por exemplo, por insuficiência de patrimônio (ou fraude) do devedor. Todavia, nos litígios estruturais se vai além disso, como é fácil perceber.

E o que dizer da coisa julgada? Vários questionamentos ou hipóteses podem ser levantados. Há como aplicar o instituto? Será que se trabalha na lógica tradicional, apenas considerando fatos novos, articuláveis normalmente com a coisa julgada (articulação apenas que confirma o regime)? Ou, ainda, haveria a aplicação da “coisa julgada coletiva”, mais especificamente da coisa julgada *secundum eventum probationis*? Ademais, quais seriam os limites de acordos entre partes modificativos do que foi decidido? Indo mais além, é realmente possível fazer uma distinção entre o que é conhecimento e o que é execução ou efetivação? Se não for, é difícil pensar em coisa julgada. Seriam viáveis outros mecanismos para conferir estabilidade, ainda que não “eterna”?

Enfim, o que resta evidente é que o esquema inicial-defesa-instrução-sentença-coisa-julgada não é suficiente. O objetivo do processo que lida com casos estruturais não pode ser o de certeza, ou seja, o processo não pode funcionar para isso. A complexidade e o dinamismo inviabilizam o alcance de uma certeza ou de uma segurança estática. É um desafio, realmente, saber como tudo isso deve se dar.

³³⁸ Sobre essas decisões, v. n. 481, abaixo.

³³⁹ E o prolongamento do processo guarda relação com a questão dos custos, pois manter o processo por muito tempo seria deveras dispendioso.

3.1.11 O problema do “fracasso” ou “insucesso” da atuação estrutural: da maximização irrealista para a factibilidade

Por fim, mas definitivamente não menos importante, cabe tratar da crítica acerca do potencial (e provável, diriam alguns, se não certo) fracasso da tutela jurisdicional em litígios estruturais. Fuller é bem direto quanto a isso: “Quando é realizada uma tentativa de lidar com um problema essencialmente policêntrico pela via jurisdicional, o que acontece? Para mim, três coisas podem acontecer, às vezes simultaneamente. Primeiro, a solução jurisdicional pode falhar. Repercussões inesperadas tornam a decisão impraticável; ela é ignorada, afastada, ou modificada, por vezes repetidamente”.³⁴⁰

Com diagnóstico em sentido semelhante, após estudar casos concretos nos Estados Unidos, Horowitz assevera: “Os quatro casos deixam clara a impotência das cortes para supervisionar a implementação de suas ordens, sua impaciência com a litigância prolongada, e sua limitada habilidade em monitorar as consequências de suas ações”.³⁴¹

Realmente, colocar o problema estrutural no modelo adversarial e bipolarizado de processo significa fadá-lo ao insucesso, pelas várias razões já vistas. Entretanto, se o caso for encarado e construído como estrutural e retirarem-se disso diferentes consequências, a conclusão não será necessariamente a mesma.

De todo modo, é preciso notar que, muitas vezes, as críticas à atuação estrutural na perspectiva do fracasso são feitas de maneira míope ou partindo de premissas equivocadas (além de eventual apego ao processo tradicional, como se fosse inafastável). O mais básico é perceber que os casos estruturais são complexos e por isso não há como imaginar que a situação possa ser “solucionada” de uma hora para outra. Ainda, talvez sequer o termo *solução*, embora aqui empregado diversas vezes, seja adequado. Quem diz que o Judiciário fracassa porque não é capaz de solucionar o problema tem uma visão bastante estreita do que pode ser considerado como efetivo ou inefetivo nesse campo.

Isso não significa que em absoluto não se possa dizer que em determinado caso tenha falhado, até porque isso foi dito em relação a tentar encaixar este gênero de litígio no processo

³⁴⁰ No original: “When an attempt is made to deal by adjudicative forms with a problem that is essentially polycentric, what happens? As I see it, three things can happen, sometimes all at once. First, the adjudicative solution may fail. Unexpected repercussions make the decision unworkable; it is ignored, withdrawn, or modified, sometimes repeatedly” (FULLER, L. L. *The Forms and Limits of Adjudication*, ob. cit., p. 401).

³⁴¹ No original: “The four cases make plain the impotence of the courts to supervise the implementation of their decrees, their impatience with protracted litigation, and their limited ability to monitor the consequences of their action” (HOROWITZ, D. L. *The courts and social policy*, ob. cit., p. 264).

tradicional. O ponto é que a análise tem de ser mais ampla. Não há como dizer genericamente que houve fracasso. Em vez disso, por exemplo, deve ser indagado quais foram as medidas adotadas, como se desenhou o processo, etc., cotejando esses elementos com o afirmado resultado de fracasso e partindo daquela perspectiva mais ampla – e mediata.

Imagine-se o paradigmático caso de reforma estrutural, nos Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*, em que se pretendia alterar o cenário de segregação racial no sistema educacional público, em razão de sua inconstitucionalidade.³⁴² Será que a Suprema Corte imaginou, ao proferir as decisões, que o sistema seria facilmente (e simples e puramente em razão delas) um só? Ora, achar que sim é no mínimo ingênuo.

A complexidade desses casos não permite que se pense assim.³⁴³ Em grande parte deles, só pode cogitar um grande fracasso pelo problema não ter sido resolvido logo quem pensa que a decisão seria implementável de solavanco ou que ela mesma pretenderia por um fim no problema. Quem trabalha adequadamente com a complexidade dos casos estruturais está justamente ciente das dificuldades dela decorrentes. Não raras vezes, pensar em uma “solução total” não passa de uma utopia. As soluções vão sendo testadas e, aí, as informações vão sendo adquiridas. É inviável cogitar uma solução totalizante, pois uma visão integral do problema e de suas repercussões já é em si irrealista. Os próprios erros do experimentalismo,³⁴⁴ no sentido de erros-e-acertos, não necessariamente representam “fracassos”, mas etapas do processo de aprendizado e aprimoramento.

Mesmo que o resultado “final” não comece logo a ser concretizado, deve notar-se, também, que a própria publicização da questão, acarretando a mobilização de diversos setores sociais ou governamentais já pode ser em certa medida considerada como um efeito positivo. Isso pode representar um “desbloqueio” da discussão a respeito, dando visibilidade a determinados direitos até então desconsiderados ou relegados.³⁴⁵⁻³⁴⁶

³⁴² V. parte II, capítulo 4, item 4.1.1.

³⁴³ Realmente, “[...] legal rules may be pitted against strongly ingrained cultures that are not amenable to change merely because the court orders it” (DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 16).

³⁴⁴ V. parte II, capítulo 4, itens 4.1.2 e 4.2.3.3.

³⁴⁵ Ademais, pode positivamente implicar um rearranjo institucional dos diferentes tomadores de decisão: “As a structural injunction progresses, two simultaneous, but not necessarily independent, processes ensue: 1) the substantive remedying of a constitutional wrong; and 2) the forging of a new institutional status quo. As traditionally posed, the efficacy inquiry focuses solely on the imposition of the substantive remedy, discounting the structural injunction’s inter-institutional function. Notions of ‘efficacy’ or ‘success’ must be unpacked to reflect this underlying duality.” (LEVIT, Janet Koven. *Rewriting Beginnings: The Lessons of Gautreaux*. **The John Marshall Law Review**, v. 28, p. 57-103, 1994, p. 97).

³⁴⁶ Sobre os diferentes efeitos que podem ser gerados pelos litígios estruturais, para além da efetivação da “decisão propriamente dita”, v. RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Beyond the Courtroom*, ob. cit., p. 1.676-1.688.

É evidente que o “sucesso” não depende exclusivamente do juiz e talvez sequer preponderantemente dele. A efetivação da tutela encontra várias dificuldades e depende de diferentes fatores – em larga medida da atividade e da colaboração dos órgãos legislativos e administrativos. Pode ser, por exemplo, que haja resistência daquele que deva adotar uma medida ou de outras pessoas que são afetadas por ela.³⁴⁷ Mas isso faz parte da dinâmica dos casos estruturais, que são policêntricos e complexos, também devendo ser levado em conta nas decisões e negociações. Ainda, considerando a quase inevitabilidade do prolongamento do processo, olhá-lo apenas em um momento não necessariamente é saber se foi ou não possível alcançar uma solução positiva. É provável a ocorrência de diversos ciclos, de maior ou menor grau de “sucesso”. Veja-se a ACP do Carvão, mencionada anteriormente.³⁴⁸ O processo já teve diferentes fases, havendo inicialmente, na execução, alguns intervalos de pouca atividade.

Apenas para ilustrar, há nos Estados Unidos estudos empíricos para demonstrar “casos de sucesso” de reformas estruturais, em que foi possível alcançar transformações sociais. Michael Rebell trabalha com casos visando à igualdade de oportunidades na educação, junto a cortes estaduais. Defende o sucesso de alguns, mas em diferentes sentidos. Aponta, por exemplo, que apenas o ajuizamento da ação já proporcionou mudanças em alguns estados, como a elaboração de leis. O autor também faz menção a casos em que as cortes serviram de catalisadoras ou mediadoras, trabalhando em conjunto com os órgãos executivos.³⁴⁹

Na verdade, a utilização de casos concretos para sustentar o “fracasso” ou “sucesso” dos litígios estruturais parece dar razão a Susan Sturm, no sentido de que, embora sejam aqueles importantes, não é possível esquecer que os litígios envolvem inúmeras variáveis que podem ter implicações no resultado e nem sempre os estudos fazem uma ligação clara entre eles. Ademais, as avaliações da atuação estrutural podem variar conforme, por exemplo, as expectativas do pesquisador e os critérios de efetividade adotados, além de ter conexão com o contexto e as estratégias judiciais utilizadas.³⁵⁰

³⁴⁷ V. GEWIRTZ, P. Remedies and Resistance, ob. cit., *passim*. Afirma, por exemplo que “[a]mong the difficulties - indeed, the anguish - necessarily endured by those seeking to produce change in the world is that at times they must cede ground because of opposition. Remedies for violations of constitutional rights are not immune from that reality” (Ibid., p. 587).

³⁴⁸ V. capítulo 1, item 1.2.1. Para identificação e informações do caso, v. n. 139 e 142, acima.

³⁴⁹ V. REBELL, M. A. Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts, ob. cit., p. 1.528 e ss.

³⁵⁰ STURM, S. P. A Normative Theory of Public Law Remedies, ob. cit., p. 1.407, n. 275. O último argumento segue o que é defendido neste trabalho, de conferir ao Judiciário ferramentas (técnicas processuais) mais efetivas, de modo que possa adequadamente lidar com casos estruturais. Utilizar as técnicas desenhadas para litígios bipolarizados (para eles muitas vezes inapropriadas, inclusive) tem já *a priori* um “potencial de fracasso”, se não acabar criando um problema maior ainda.

De qualquer maneira, vale também trazer o argumento utilizado por Fiss, de que um menor sucesso judicial pode representar maior efetividade em termos coletivos: “O êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição em um processo judicial estrutural, porém o sucesso estrutural, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual de controvérsias. Pode, outrossim, reduzir consideravelmente a necessidade da solução de controvérsias por meio da eliminação das condições que favorecem atos ilícitos e podem até mesmo compensar todas as suas falhas”.³⁵¹

Enfim, isso tudo quer significar que a avaliação do “sucesso” não é tão simples e não pode ser feita de modo superficial. O risco de fracasso sempre existirá. Há diversos fatores relevantes e a maior parte sequer é controlável pelo juiz. Por outro lado, não se pode esquecer, os problemas estruturais também representam fracasso de outras instituições, de modo que não se pode pensar apenas em insucesso do Judiciário. Há um problema estrutural sério no Brasil relativo às condições carcerárias, por exemplo. Isso não poderia ser considerado um fracasso das outras instituições – ou do Estado como um todo? O que garante que, mesmo sem o Judiciário, não se “continuará fracassando” ou se “fracassará ainda mais”?

3.2 Limitações que não são limites: análise comparativa e aprimoramento institucional com a construção de um processo coletivo-estrutural

Depois da análise de diferentes críticas, é possível fazer a diferenciação entre aquelas relativas à falta de capacidade que decorre da própria estruturação do processo ou à que deriva de fatores mais amplos. Porém, mesmo estas que se ligam a aspectos de maior amplitude são influenciadas pela visão que se tem do processo ou da atividade jurisdicional.

No primeiro sentido, são evidentes as características do processo tradicional concernentes especialmente a inércia jurisdicional e sua relação com a demanda-congruência; estreiteza do processo individual gerando distorções e quebras de isonomia; rigidez do procedimento; certeza como meta; retrospectividade; coisa julgada; e término do processo. Mais gerais são os demais problemas, mas eles não estão imunes a determinada concepção do processo (nem a outras, como do próprio direito).³⁵²

³⁵¹ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 32. O trecho reproduzido é da versão em português encontrada em: **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

³⁵² Falando sobre os litígios de reforma institucional, Dan Dobbs bem coloca que há muito por trás dos questionamentos que esses casos levantam: “It is also true that these institutional restructuring cases raise difficult

Mesmo no ensino jurídico é possível notar isso, pois a formação já toma em conta uma noção simplificada (simplista?) do papel da jurisdição. A questão dos custos também tem uma face bipolarizada ou individualista, quando se esquece que a eficiência (e, assim, uma melhor utilização dos recursos) poderia ser concretizada em parte com ações coletivas, por exemplo, amenizando parte do problema do “abarroamento” (e se pode voltar à questão do ensino jurídico, haja vista o que foi dito sobre o fator cultural e sua relevância para a eficiência da “administração da justiça”).

O problema da participação e o da representatividade ou da representação adequadas têm também conexão com as duas dimensões. A participação pessoal tem raízes em um processo adversarial e necessariamente individual. Mesmo que se afaste a necessidade de que os indivíduos participem pessoalmente do processo, a bipolarização pode continuar pairando por ali. Isso porque a construção bipolarizada pode ainda ser empregada, sem perceber-se que casos coletivos, ainda mais os estruturais, são multipolares (policêntricos), e mesmo em um dos polos não há como simplesmente pensar em uma representação monológica, sem considerar a potencial heterogeneidade interna, por exemplo. De todo modo, ainda que afastadas essas premissas, as coisas não ficam menos complicadas, sendo a questão da representação e da representatividade um ponto relevante para o processo coletivo-estrutural, assim como para os demais processos coletivos.

Quanto às “questões extrajurídicas” e à competência do juiz, a questão é igualmente de maior amplitude, chegando à própria ideia do que deve o magistrado levar em conta no momento da decisão, se só “questões jurídicas”, que seriam sobre direitos e princípios, ou não. Porém, por outro lado, isso pode ter por base a função que se atribui à atividade jurisdicional. Há também traços do processo tradicional, na medida em que críticas nesse sentido podem ter como premissa um modelo de processo centrado no juiz, sem notar que nos casos estruturais o magistrado não atuará isoladamente.³⁵³ Por mais que precise ter um papel ativo, este não implica protagonismo,

process issues. Should judges undertake to reform all or substantial parts of society in their own image? How political should they invite the public at large to ‘testify’ or submit arguments? How much can judges remain adjudicators if they administer prisons or schools? If answered fairly, the questions are not answered easily. The point here is not to answer them but to say they are not primarily remedial question at all. They are questions about the nature of judicial process and the role of judges in society. They are not unimportant or even irrelevant to remedies, but they are not essentially remedial questions” (DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 19).

³⁵³ “The judge-centered approach to the structural injunction, focusing on the ability or propriety of the judge’s actions, obscures an equally important inter-institutional dimension. [...] focusing not only on the relationship between judge and institution, but also on the relationship among the various institutions themselves (LEVIT, J. K. *Rewriting Beginnings*, ob. cit., p. 64). Ainda, mais uma crítica à visão míope: “Institutional reform litigation is not a judicial movement but a political practice. How courts began, and whether they continue, to be an arena for such litigation; how the litigation looks; and whether it succeeds or fails are functions not simply of judicial will and role,

predominância ou sobreposição, mas um juiz que é participante, atento, influente, dinâmico, diligente, criativo, prático – atributos estes essenciais para a efetividade do processo coletivo-estrutural, e não apenas do juiz.

Em relação ao receio de fracasso da atividade jurisdicional, do mesmo modo aqui se pode notar uma ligação com o processo tradicional, pois muitas vezes é empregado um critério de análise do “sucesso” demasiadamente encolhido ou imediatista. São várias as facetas por meio das quais se pode verificar se foi exitosa ou não a atuação do Judiciário, não apenas se o “comando” do juiz foi tão logo concretizado. Nem haveria como pretender que a modificação de aspectos *estruturais* se desse de uma hora para outra. Ademais, perceba-se que falar em fracasso pode representar uma ligação com a noção de “soma zero”, a de que um processo efetivo é aquele que dá à parte tudo aquilo a que tem direito, integralmente o que teria se não precisasse do processo ou, em outros termos, que tem de ser totalmente restaurado o *status quo ante*.³⁵⁴ Nessa perspectiva, seria coerente falar em fracasso, mas o problema está justamente em adotar essa premissa.

Ainda, não se pode pensar que apenas o Judiciário fracasse. Talvez em relação a determinado problema ele “fracasse menos” do que outras instituições, o que já é suficiente para justificar sua participação. Isso leva a retomar a questão da análise institucional comparada. As instituições não apenas agem e reagem, mas interagem. Nenhuma opera no vácuo. Assim, algumas afirmadas limitações são superáveis pela adoção de outro modelo de processo, umas pela mudança cultural e outras permanecem como desafios, atenuados ou ampliados. Dizer simplesmente que o Judiciário não tem limitações seria ingenuidade. Elas, porém, não podem ser encaradas como limite absoluto e em abstrato à atuação jurisdicional no campo dos litígios estruturais.³⁵⁵ Eventuais limites são relativos, concretos e dinâmicos.

but of the goals, resources, and actions of many groups and actors, filtered through the rules of litigation. If scholars are going to be useful observers and analysts of this universe of cases, we must free ourselves from our long-bred urge to talk only about judges and open our eyes instead to the full range of participants and forces at work.” (SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, p. 1.994-2.036, 1999, p. 2.036).

³⁵⁴ “[...] the theory of corrective justice requires that victims of violations be put in the position they were in before the violation occurred. It is on the basis of this principle that the structural interdict has been condemned for its failure to put victims in the position they would have been but for the violations.” (MBAZIRA, C. **Litigating socio-economic rights in South Africa**, ob. cit., p. 195, colocando o corretivo como “soma zero”).

³⁵⁵ Devem ser rejeitadas, assim, afirmações genéricas como “o Judiciário é capaz, se não o melhor” e “o Judiciário tem graves limitações e portanto não deve lidar com casos complexos, que fogem da sua capacidade”.

por Ovídio, o caminho é justamente a revisão desse paradigma. Assim, são aceitáveis e relevantes as críticas no sentido de que o processo tradicional não funciona e não tem funcionado bem no trato de questões estruturais, mas como *diagnóstico* apontando para a necessidade de transformações, não como juízos que impliquem conclusão contrária – de que os casos estruturais deveriam ser retirados do Judiciário, pois o processo clássico é que seria “o verdadeiro processo” ou porque naqueles não seria exercida “a verdadeira jurisdição”.

PARTE II
ELEMENTOS E TÉCNICAS PARA A CONSTRUÇÃO
DE UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

CAPÍTULO 4

CONTORNOS DO PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL:

Adequação concreta e dinâmica do processo aos casos estruturais

Segundo Franz J. Hinkelammert, “a linguagem dos meios revela até que ponto a declaração das finalidades é falsa”.³⁶¹ No campo da jurisdição, é possível dizer que a insistência em determinados meios nega a própria finalidade que se atribui àquela e ao processo. Não há como dizer que servem à tutela de direitos se os instrumentos para tanto muitas vezes a inviabilizam. Isso é evidente não apenas no âmbito estrutural. A problemática da tempestividade da tutela jurisdicional no seio de um processo marcado pela ordinariedade e pela plenitude da cognição bem demonstra o que foi dito. A finalidade de tutela de direitos é falsa (ao menos parcialmente) se as técnicas processuais apenas permitem a realização do direito após a obtenção de certeza; após sua declaração. Ora, como se pode, de algum modo, proteger o direito do autor se sobre ele recair todo o ônus do tempo no processo, mesmo se em detrimento da própria efetividade da tutela (ou mesmo de qualquer possibilidade de efetivá-la)?

Nesse sentido, por tudo que foi exposto na primeira parte deste trabalho (em razão, especialmente, das características dos casos estruturais, da inafastabilidade do Judiciário e do comprometimento da capacidade institucional pelo processo tradicional), é necessário pensar em um outro modelo de processo, em um outro meio, que não negue a finalidade para a qual é, ao menos alegadamente, desenhado. De fato, insistir na utilização de um processo estruturado para lidar com litígios bipolarizados, como o é o processo civil clássico e até um processo coletivo ainda nele ancorado, é trazer mais problemas do que soluções. Como aponta Ovídio Baptista da Silva, a “estrutura do ‘veículo’, nascido no direito privado romano e aperfeiçoado pelo Iluminismo europeu, foi ultrapassada pela História”,³⁶² e precisa, o “Processo de Conhecimento”, então, ser “exorcizado” e “arquivado como curiosidade histórica”.³⁶³

³⁶¹ No original: “El lenguaje de los medios revela hasta qué grado la declaración de las finalidades es falsa” (HINKELAMMERT, Franz J. La Inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. **Revista Pasos**, v. 85, p. 20-35, set./out. 1999, p. 33).

³⁶² SILVA, O. A. B. da. Da função à estrutura, ob. cit., p. 18.

³⁶³ “Esta será porventura uma solução indesejável ou insatisfatória? Não importa. É assim que as coisas acontecem, no domínio da experiência judiciária. Para vê-las, basta acordar do sonho do iluminismo e exorcizar nosso Processo de Conhecimento, arquivando-o como simples curiosidade histórica” (SILVA, O. A. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, ob. cit., p. 196).

É a isso que a segunda parte deste trabalho se dedica, iniciada com este capítulo 4, que visa a traçar alguns contornos do processo coletivo-estrutural. Primeiramente, serão feitos alguns apontamentos sobre os litígios estruturais nos Estados Unidos, que se pode dizer o “berço” da atuação jurisdicional estrutural, com a ideia das *structural injunctions*, para que parte de sua experiência sirva para esboçar os possíveis traços daquele processo no Brasil. Assim, com base nessas linhas, o passo seguinte será, nos capítulos subsequentes, pensar aspectos específicos relevantes para torná-lo viável, abordando flexibilização processual e gerenciamento procedimental, relação entre conhecimento e execução e estabilidade de decisões ou negociações.

4.1 Experiência estadunidense

Como dito, serão feitos apenas alguns apontamentos sobre as reformas estruturais nos Estados Unidos, sem lançar mão de uma perspectiva histórica ou sociológica aprofundada do fenômeno, até porque são várias as narrativas que existem a respeito.³⁶⁴ Por exemplo, debate-se sobre a continuidade ou não das ordens judiciais estruturais a partir da década de 1980,³⁶⁵ chegando a haver opiniões no sentido de que tais litígios estariam “mortos” ou “moribundos” atualmente.³⁶⁶ A exposição acerca da experiência estadunidense inicia-se com considerações acerca do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é paradigmático na seara estrutural, e das *structural injunctions*, trabalhando-se na sequência com a abordagem experimentalista, que apresenta facetas interessantes para lidar com os casos estruturais no Brasil, embora não seja a única possibilidade.

³⁶⁴ Quanto a diferentes narrativas em relação ao surgimento da *structural reform litigation*, p. e., v. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Cardozo Law School**, Public Law Working Paper, n. 11, 2000, p. 7, n. 17 e 18 (citando autores que entenderiam que, com o New Deal, esses litígios teriam tido início, bem como que atribuiriam o surgimento à campanha da NAACP contra a segregação racial). Abram Chayes também relaciona *public law litigation* ao caráter regulador do Estado (The Role of the Judge of the Judge in The Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.288-1.289). Segundo Mariela Puga, essa regulação refere-se às medidas do *New Deal* (**Litígio Estrutural**, ob. cit., p. 51, n. 35, e p. 123). Para Owen Fiss, como já mencionado neste trabalho, a forma estrutural de atuação jurisdicional tem relação com as organizações burocráticas do Estado moderno (The Forms of Justice, ob. cit., p. 8). V., também, EISENBERG, T.; YEAZELL, S. C. The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation, ob. cit., *passim*.

³⁶⁵ Por exemplo: “I establish that, at least as to correctional court orders, the claim that there was a decline in the reach of court-order regulation in the 1980s and 1990s is simply wrong. In both jails and prisons, as of the mid-1990s, new court orders continued to be entered all over the country, and old orders continued to regulate many conditions of jail and prison life. Rather than a 1980s to 1990s decline, we see a long-standing plateau.” (SCHLANGER, Margo. Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders. **New York University Law Review**, v. 81, n. 2, p. 550-630, 2006, p. 554).

³⁶⁶ V. GILLES, Myriam E. An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It's Still Moving! **University of Miami Law Review**, v. 58, n. 1, p. 143-171, 2003.

4.1.1 *Brown e as structural injunctions*

Em uma das compreensões do fenômeno, a forma de atuação estrutural teve seu “nascimento”, nos Estados Unidos, com as *structural injunctions*, impulsionadas pelo paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (*Brown II*, especificamente),³⁶⁷ em que, em 1955, a Suprema Corte estadunidense determinou o fim da segregação racial no sistema educacional público, traçando as diretrizes para tanto,³⁶⁸ depois de, em *Brown I* (1954), já ter reconhecido sua inconstitucionalidade.³⁶⁹ Obviamente, a implementação da decisão não seria fácil, por diversos fatores, tanto que a Suprema Corte deixou isso a cargo dos tribunais locais, para que fossem observadas as particularidades de cada região, e pontuou que a dessegregação fosse *gradualmente* operada, mais especificamente “*with all deliberate speed*”³⁷⁰.

No caso *Brown*, adotou-se entendimento diverso do precedente *Plessy v. Ferguson*,³⁷¹ que dava sustentação constitucional à doutrina *separate but equal*, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas frente à 14.^a Emenda

³⁶⁷ “Brown v. Board of Education launched the injunction on a new career” (RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., 2010, p. iii).

³⁶⁸ Entre tais diretrizes, estavam, por exemplo, que os órgãos judiciais locais deveriam verificar se as autoridades escolares agiam de boa-fé na implementação da decisão judicial e que, no desenho dos remédios, deveriam ser observados os princípios que tradicionalmente regem o *equity power*, como a flexibilidade prática.

³⁶⁹ Na verdade, o que se conhece por *Brown v. Board of Education* são cinco casos, *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County*, *Gebhart v. Ethel* e *Bolling v. Sharpe*. Na Suprema Corte, foram inicialmente consolidados como *Brown v. Board of Education of Topeka*, mas o último deles acabou sendo decidido separadamente, por trazer a questão da discriminação racial no âmbito federal, não no dos estados. São três as decisões que *Brown* contempla, nesse sentido. Duas relacionadas à análise da constitucionalidade, *Brown I* (347 U.S. 483) e *Bolling* (347 U.S. 497), de 1954, e uma sobre a implementação da ordem de dessegregação, *Brown II* (349 U.S. 294), de 1955. V. BALKIN, Jack M. **What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision**. Nova Iorque: New York University Press, 2002, parte I. De todo modo, como lembra Barbosa Moreira, mesmo *Brown I* não foi exatamente a primeira decisão em relação à questão racial nas escolas, embora as anteriores tenham sido proferidas sem grande repercussão (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder da Suprema Corte Norte-Americana e suas limitações. **Revista de Processo**, v. 33, n. 155, p. 117-124, jan. 2008, p. 120-121). Para um breve histórico, incluindo casos antecedentes, v. informações disponíveis em <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/federal-court-activities/brown-board-education-re-enactment/history.aspx>>. Também, há uma *timeline* dos eventos disponível em: <<http://www.archives.gov/education/lessons/brown-v-board/timeline.html>>.

³⁷⁰ “Com toda a rapidez possível”, na tradução utilizada por Barbosa Moreira (Ibid., p. 122). Como aponta Paul Gewirtz, isso teria ocorrido em razão do receio de que a resistência da população branca bloqueasse a dessegregação racial (GEWIRTZ, P. Remedies and Resistance, ob. cit., p. 609-612, entre outras).

³⁷¹ 163 U.S. 537 (1896). O caso envolvia um homem negro que utilizou o vagão de trem destinado a pessoas brancas, pretendendo, sem sucesso, que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da lei da Louisiana que previa essa separação de vagões. “En concreto, la Corte rechazó el argumento acerca de que la regla de separación en los vagones de Luisiana implique la imposición de alguna inferioridad de estatus hacia los negros. Señaló que, si tal inferioridad existiese, no sería consecuencia de la ley sino de la sociedad misma, a quien la Corte no podría frenar con una sentencia. Esta distinción entre desigualdades sociales de hecho (o *de facto*) y desigualdades impuestas por la regulación o por la acción deliberada de autoridades públicas (o *de iure*), y el argumento de la impotencia de las Cortes frente a las primeras, aparece como la clave de la racionalidad judicial que funcionó en el trasfondo de este período.” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 67).

Constitucional, que contempla a *equal protection clause*. Esse impulso dado por *Brown*, com a inauguração de uma nova era e o uso das *structural injunctions*, aparece em várias análises ou explicações. A problemática é controvertida, com uma quantidade elevadíssima de escritos a respeito do caso ou mais amplamente sobre a questão racial ou o fenômeno dos litígios estruturais, entre eles os de quem não vê com bons olhos a decisão da Suprema Corte como um todo ou ao menos entenda que o delineamento da decisão não foi adequado (por exemplo, em relação à sinalização “*with all deliberate speed*”).³⁷²

O Congresso também deu uma resposta, editando, em 1957, o *Civil Rights Act*, com autorização para o *attorney general* a buscar a efetivação judicial da 15.^a Emenda à Constituição dos EUA, sobre o direito de voto, seguido de outros no ano de 1960, aprimorando o anterior, e nos de 1964 e 1968, ampliando a iniciativa do procurador-geral para outras áreas.³⁷³ Até 1964, as ordens judiciais concernentes aos *civil rights* eram basicamente construções dos juízes, e, a partir dos *Civil Rights Acts* de 1964 e 1968, a tutela jurisdicional desses direitos passou a contar com um “guarda-chuva legislativo”, o que seria um fator de legitimidade da atuação estrutural.³⁷⁴

Nos anos seguintes à decisão *Brown II*, a dessegregação racial foi iniciada fundamentalmente por litigantes individuais, que mesmo em ações individuais poderiam obter um remédio de benefício geral, protegendo aqueles em situação semelhante.³⁷⁵ De todo modo, não apenas os referidos atos legislativos pós-*Brown* ou as próprias decisões de *Brown* foram relevantes para a expansão da atuação estrutural. Passando das ações individuais para as coletivas, houve uma mudança nas previsões das *class actions* nas *Federal Rules of Civil Procedure*, bem como, depois, foi proferida pela Suprema Corte a decisão do caso *Green v.*

³⁷² Fazendo referência a algumas das críticas, v. BALKIN, J. M. **What Brown v. Board of Education Should Have Said**, ob. cit., prefácio e parte I. Com uma análise crítica da decisão, pondo em xeque a capacidade do Judiciário de trazer mudanças sociais, v., por todos, ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008. Por outro lado, para Mark Tushnet, ainda, *Brown* não teria sido importante somente em termos raciais, mas também para a compreensão do funcionamento da Constituição (TUSHNET, M. V., **The NAACP's Legal Strategy...**, ob. cit., p. 180-185). Por fim, para um pouco da perspectiva do historiador James T. Patterson, v. **The Troubled Legacy of Brown v. Board**. Disponível em: <<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/ACF236.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³⁷³ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 21. Para uma cronologia dos atos e emendas relativos à questão racial, v. informações disponíveis em: <<http://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/BAIC/Historical-Data/Constitutional-Amendments-and-Legislation/>>.

³⁷⁴ FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 25. “In the 1940s, the Civil Rights Movement turned to the federal courts, and by the Warren era, constitutional interpretation looked favorably upon court-based processes to enable racial equality and to enhance human dignity. *Congress not only supported but also expanded this project, time and again authorizing government officials and private parties to bring lawsuits as a means of enforcing federal law. In short, federal procedure was a piece of a larger constitutional project*” (RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. **University of Miami Law Review**, v. 58, 2003, p. 178, grifado aqui, notas de rodapé omitidas).

³⁷⁵ RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 500.

County School Board of New Kent County,³⁷⁶ passando daquela integração racial *with all deliberate speed* para uma desde logo, sem não tolerar mais atrasos.³⁷⁷

Em 1966, a reforma das *Federal Rules of Civil Procedure* alterou significativamente a *Rule 23*, inaugurando as “*modern class actions*”.³⁷⁸ A versão original da previsão das ações de classe, de 1938, era mais ligada a conceitos e menos funcional, tendo essa modificação tornado o mecanismo mais prático, possibilitando seu uso para dessegregação racial das escolas e para proteção de diferentes *civil rights*.³⁷⁹ A *Rule 23* é composta por várias partes, sendo que na *Rule 23(a)* encontram-se os critérios para uma ação ser certificada como de classe: numerosidade (ou inviabilidade de litisconsórcio), comunialidade (questões comuns de fato ou de direito), tipicidade (pretensão ou defesa do representante típica da classe) e representação adequada (que o representante da classe e o advogado representem adequadamente os interesses dos membros). Além disso, para ser certificada como tal, a ação deve encaixar-se em alguma das quatro espécies previstas na *Rule 23(b)*, destacando-se para os casos estruturais a do tipo *23(b)(2)* – *injunction class action*.³⁸⁰ A ligação entre a alteração legislativa e as reformas estruturais pode ser percebida a partir das notas do próprio Comitê Consultivo da Reforma de 1966, pois, ao exemplificar quando seria adequado o uso da *class action* nos moldes da *Rule 23(b)(2)*, os casos citados eram de integração racial decididos entre 1955 e 1963, como lembra Stephen Yeazell.³⁸¹

³⁷⁶ 391 U.S. 430 (1968).

³⁷⁷ Os dois fatores são lembrados por RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 500. No fechamento da referida decisão, relatada pelo *Justice Brennan*, lê-se: “Rather than further the dismantling of the dual system, the plan has operated simply to burden children and their parents with a responsibility which Brown II placed squarely on the School Board. The Board must be required to formulate a new plan and, in light of other courses which appear open to the Board, such as zoning, fashion steps which promise realistically to convert promptly to a system without a ‘white’ school and a ‘Negro’ school, but just schools”). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/430>>.

³⁷⁸ Em geral, v. YEAZELL, Stephen C. **From Group Litigation to the Modern Class Action**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1987, p. 238-266 (falando sobre o contexto da reforma normativa, contexto tal que tem como uma de suas notas a questão racial, seja no sistema educacional, seja em outros campos).

³⁷⁹ V. RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 503. Um dos problemas com a configuração original era a categorizarão em três modalidades de ação coletiva, o que dificultava o seu uso (v. MENDES, A. G. de. C. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**, ob. cit., p. 64-68).

³⁸⁰ V. RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 503-508. Pode haver, ainda, “formas híbridas”, tanto visando a *injunctions* como a *damages*. Para estes, há a previsão *23(b)(3)*, especificamente, sendo que o enquadramento nessa modalidade pode aumentar os custos do processo, já que exige comunicação da existência do litígio aos membros da classe, e elevar também o valor dos honorários advocatícios). Para mais sobre os requisitos e hipóteses, v. GIDI, A. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, ob. cit., p. 150-153; MENDES, A. G. de. C. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**, ob. cit., p. 69 e ss; ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 82 e ss.

³⁸¹ YEAZELL, S. C. **From Group Litigation to the Modern Class Action**, ob. cit., p. 259-260. Não obstante, nem todos eram *class actions*. Em relação a um deles, *Bailey v. Patterson*, houve decisão concluindo que, ainda que inconstitucional a segregação no sistema de transportes, não seria devido um remédio de caráter amplo, o que foi revertido em grau de recurso, com base no fundamento de que, independentemente da via, os autores teriam direito ao mesmo remédio (Ibid., p. 259-260). As notas do Comitê em relação às sucessivas alterações da *Rule 23* podem

Em 1984, a estimativa era a de que 600 distritos escolares estavam sob o controle ou supervisão de cortes federais,³⁸² sendo que haveria atualmente mais de 300 ainda com ordens ativas.³⁸³⁻³⁸⁴ Com contribuição do *civil rights movement*,³⁸⁵ a atuação jurisdicional estrutural se expandiu para além das escolas, abrangendo áreas como prisões, estabelecimentos de cuidado à saúde mental, moradias populares e atividade policial.³⁸⁶ A expansão, de todo modo, não se deu apenas por inúmeros estados ou por diversas instituições, mas também por diferentes países.³⁸⁷

Para exemplificar o alargamento para outros campos, segundo informações também de 1984, aproximadamente 30 estados dos EUA já haviam contado com amplas ordens de reforma em cadeias públicas.³⁸⁸ Outros números, do mesmo ano, apontam que 24% dos 903 presídios estaduais (*state prisons*) estariam então operando sob ordem judicial, assim como, em 1983, 15% das 3.338 cadeias (*jails*) do país.³⁸⁹ Ainda, as reivindicações trazidas são bastante amplas,

ser consultadas em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Ainda, embora cite aqueles casos especificamente, Yeazell adverte: “Subdivision (b)(2) is not limited to civil-rights cases. Thus an action looking to specific or declaratory relief could be brought by a numerous class of purchasers, say retailers of a given description, against a seller alleged to have undertaken to sell to that class at prices higher than those set for other purchasers, say retailers of another description, when the applicable law forbids such a pricing differential. So also a patentee of a machine, charged with selling or licensing the machine on condition that purchasers or licensees also purchase or obtain licenses to use an ancillary unpatented machine, could be sued on a class basis by a numerous group of purchasers or licensees, or by a numerous group of competing sellers or licensors of the unpatented machine, to test the legality of the ‘tying’ condition.”

³⁸² NAGEL, R. F. Controlling the structural injunction, ob. cit., p. 396. O ano de 1984 é o ano da publicação do texto. Em grande parte das vezes, a “intervenção” é feita pelas cortes federais, o que trouxe questionamentos acerca do respeito ao federalismo, dado que, por exemplo, prisões são assunto estadual. Lembrando e rebatendo a crítica, p. e., EISENBERG, T.; YEAZELL, S. C. The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation, ob. cit., p. 472-473 e 501-506; SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.017-1.018.

³⁸³ A última informação é da organização *Propublica*, com a ressalva de que “some federal courts don’t even know how many desegregation orders still exist on their dockets. With increasing frequency, federal judges are releasing districts from court oversight even where segregation prevails, at times taking the lack of action in cases as evidence that the problems have been resolved. [...] Across the country, original court orders and their underlying records have been destroyed by fire, shipped to a central archive center, or lost in the dusty parchment graveyards of courthouse basements. Some orders have lain dormant for so long that everyone involved, including judges and lawyers, are either retired or dead” (conforme matéria divulgada em 2014, disponível em: <<http://www.propublica.org/article/lack-of-order-the-erosion-of-a-once-great-force-for-integration>>).

³⁸⁴ Ainda, Fiss relata que, quando iniciou seu trabalho na *Civil Rights Division* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (1966 a 1968), “approximately 2000 school districts in the South that operated in open defiance of *Brown*” (FISS, Owen M. The History of an Idea. *Fordham Law Review*, v. 78, 2009, p. 101).

³⁸⁵ SCHLANGER, M. Beyond the Hero Judge, ob. cit., p. 2.016-2.026 (com um histórico especificamente quanto à reforma de prisões).

³⁸⁶ SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.021.

³⁸⁷ “*Brown* went global. Countries throughout the world began to view *Brown* as an inspiration not as an aberration” (FISS, Owen M. Foreword. In: GARGARELLA et. al. (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006, p. xi-xiv, p. xiii).

³⁸⁸ NAGEL, R. F. Controlling the structural injunction, ob. cit., p. 396. O ano de 1984 é o da publicação do texto.

³⁸⁹ SCHLANGER, M. Beyond the Hero Judge, ob. cit., p. 2.004, nota de rodapé omitida. Quanto à diferenciação: “Jails are locally-operated, short term facilities that hold inmates awaiting trial or sentencing or both, and inmates sentenced to a term of less than 1 year, typically misdemeanants. Prisons are long term facilities run by the state or the federal government and typically hold felons and inmates with sentences of more than 1 year. Definitions may

tocando, por exemplo, a cuidado à saúde, qualidade da comida, lazer ou até mesmo temperatura da água do banho.³⁹⁰

Esses dados permitem ver que a atuação estrutural das cortes estadunidenses não é³⁹¹ algo pontual ou isolado, tendo ensejado, inclusive, reações legislativas para limitá-la. Por exemplo, foi editado em 1996 o *Prison Litigation Reform Act* (“*PLRA*”), impondo uma série de restrições à atuação estrutural do Judiciário para reforma dos estabelecimentos prisionais. Entre elas estão a necessidade de que um colegiado de três juízes profira a ordem e a possibilidade de que esta seja extinta após dois anos, caso o autor não comprove a persistência da violação dos direitos.³⁹²

Nesse contexto, é necessário entender o que são aquelas mencionadas *structural injunctions*, utilizadas para operar diferentes reformas estruturais.

A ideia de *remedy* já foi referida neste trabalho, seja para salientar a nebulosa separação entre *rights* e *remedies* que se pode fazer presente nos casos estruturais, seja para indicar a quebra da lógica de uma rígida correspondência entre eles nesse tipo de litígio.³⁹³ Em termos gerais, *remedy* é a forma de proteção devida àquele que tem um direito reconhecido como violado ou ameaçado.³⁹⁴ A noção não se restringe à esfera judicial, podendo haver, por exemplo, a concessão *judicial* de uma indenização por determinado dano, assim como são admitidas algumas hipóteses de *autotutela*, além da proteção de direitos por mecanismos administrativos ou pelos “meios alternativos de resolução de disputas” (*ADR*), mesmo que nessas outras hipóteses eventual resistência possa ensejar a necessidade de recorrer à via judicial.³⁹⁵

As *injunctions*, por sua vez, são remédios de caráter coercitivo, colocando-se ao lado de outras categorias de remédios judiciais, geralmente dos *damages*, da *restitution* e do *declaratory judgment*.³⁹⁶ Genericamente falando, são ordens para que o réu faça ou deixe de fazer alguma coisa.³⁹⁷ A classificação delas pode variar conforme o autor estudado. Owen Fiss indica, por exemplo, que é usual diferenciá-las em *interlocutory* ou *final injunction* (ordem liminar ou final)

vary by state”, conforme informações disponíveis em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=qa&iid=322>>. Para outros números, rebatendo o entendimento corrente de que as ordens de reformas nas prisões teriam diminuído ou até desaparecido, v. SCHLANGER, M. Civil Rights Injunctions Over Time, ob. cit., p. 527 e ss.

³⁹⁰ RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 501.

³⁹¹ Ou, ao menos, não *foi*. Sobre as diferentes visões sobre a permanência dos litígios estruturais, v. n. 365 e 366, acima.

³⁹² V. RENDLEMAN, D. **Complex Litigation**, ob. cit., p. 501-502; SCHLANGER, M. Beyond the Hero Judge, ob. cit., p. 2.033-2.034; SCHLANGER, M. Civil Rights Injunctions Over Time, ob. cit., *passim*.

³⁹³ V. parte I, capítulo 1, itens 1.2.2 e 1.2.3.

³⁹⁴ “[...] remedies are means of carrying into effect the substantive rights” (DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 22).

³⁹⁵ V. *Ibid.*, p. 1-9.

³⁹⁶ V. *Ibid.*, p. 1-9 e 162 e ss.

³⁹⁷ V. *Ibid.*, p. 5.

ou em *mandatory* ou *prohibitory* injunction (ordem de fazer ou não fazer), e propõe outras categorias: *preventive injunction*, para inibir a prática de um ato pontual ou de um conjunto de atos; *reparative injunction*, para obrigar o demandado a adotar uma conduta com o fim de corrigir os efeitos de um ilícito já praticado;³⁹⁸ e, finalmente, *structural injunctions*, para reorganizar determinada instituição social. Nessa linha, é insuficiente pensar esse tipo de remédio apenas como instrumento para prevenir a ocorrência de ilícitos, justamente por serem deixadas de lado as duas outras espécies (*reparative* e *structural injunctions*), trazidas pela experiência dos *civil rights*.³⁹⁹

Como explica Sérgio Arenhart, as *structural injunctions* “foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas”,⁴⁰⁰ na linha do que é proposto por Owen Fiss. Esse tipo de provimento tem antecedentes em casos envolvendo a reorganização de corporações, como as ferroviárias, e o direito concorrencial,⁴⁰¹ mas apenas com a dessegregação das escolas é que ganhou os contornos contemporâneos, expandindo-se, então, para outras áreas e outros tipos de reivindicações.⁴⁰² Ademais, podem ser empregadas para reformar organizações privadas, para que seu funcionamento passe a adequar-se ao direito, como assinalado por Sérgio Arenhart e por Dan Dobbs,⁴⁰³ embora, nos EUA, destaque especial tenha sido dado para a hipótese de reforma de instituições públicas.⁴⁰⁴

Segundo Fiss, não é adequado pensar em uma hierarquização entres os remédios, como se as *injunctions* fossem o último recurso, para o caso de não serem adequadas as outras espécies de proteção. Para ele, não há preferência nem por um remédio, nem por outro, dependendo a escolha do contexto. Por conta disso, embora na tutela dos *civil rights* tenha prevalecido esse

³⁹⁸ Ou se pode pensar em uma reação não somente a um ilícito, mas a um dano, considerando a distinção entre eles. Fiss coloca que a *reparative injunction* “closely resembles the damage judgment and might be viewed as an in-kind damage award, while the structural injunction emerges, so I will maintain, as a truly unique legal instrument” (FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 8).

³⁹⁹ Ibid., p. 7-8.

⁴⁰⁰ ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 15.

⁴⁰¹ SCHLANGER, M. Beyond the Hero Judge, ob. cit., p. 1.995, n. 5.

⁴⁰² FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 9-10.

⁴⁰³ DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 641. V. também CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, ob. cit., p. 1.284 (“Antitrust, securities fraud and other aspects of the conduct of corporate business, bankruptcy and reorganizations, union governance, consumer fraud, housing discrimination, electoral reapportionment, environmental management – cases in all these fields display in varying degrees the features of public law litigation”).

⁴⁰⁴ Nesse sentido, Fiss afirma que “the most distinctive contribution to our remedial jurisprudence drawn from the civil rights experience” (FISS, Owen M. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 965-979, 1993, p. 965).

remédio mandamental, isso não é generalizável, ou seja, não implica que sempre deva ser utilizado. Nos litígios estruturais, houve essa prevalência por uma série de razões, entre elas uma técnica – a própria tarefa de reorganização estrutural (por exemplo, não poderia ser adequadamente desempenhada lançando-se mão de indenizações) –, e outra normativa – pela alocação de poder implícito nas *injunctions*, seja nos cidadãos (de provocação), seja no Judiciário (de decisão), alocação esta que seria essencial para o sucesso da demanda.⁴⁰⁵

Nos diferentes casos que envolvem as *structural injunctions*, retomando o que foi dito na primeira parte deste trabalho, a bilateralidade direito-dever é abalada – com maior ou menor intensidade conforme a extensão do problema estrutural –, já que se está diante de uma ampla gama de interesses, e não somente no sentido de que eles devem ser levados em conta pelo juiz no desenho do remédio; também no de que esses interesses são representados no litígio por diferentes participantes do processo e que terceiros serão substancialmente afetados pelo provimento judicial.⁴⁰⁶

Igualmente, é válido anotar que as *injunctions*, em geral, são consideradas ordens *in personam* (para que o réu faça ou não faça algo), cuja inobservância sujeita, em regra, o destinatário às consequências do *contempt of court* (como multa ou prisão).⁴⁰⁷ Porém, além de as decisões estruturais não serem simplesmente preventivas, a fim de impedir a prática de determinado ilícito, mas marcarem o início de uma relação entre o tribunal e a instituição social a ser reformada,⁴⁰⁸ não são, ao menos a princípio, um comando do juiz que se efetiva diretamente pela coerção. O que se indica é que, dali em diante, a reconstrução institucional será dirigida ou

⁴⁰⁵ FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 86-90 (a inexistência de hierarquia entre os remédios é a tese central da obra).

⁴⁰⁶ DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 641-642 (até por isso se contrapõe o tradicional litígio bipolarizado com, nesses casos, um litígio representativo ou “legislativo”, conforme expressão utilizada pelo autor).

⁴⁰⁷ Ibid., p. 5 e 130. O contraste é feito com os julgamentos que envolvem pagamento de soma em dinheiro, como a título de *damages*, em que, na hipótese de não haver cumprimento voluntário, passa-se à execução, não caracterizando desacato de uma *ordem*, em regra (“Ordinary money judgments reflect an adjudication of liability but they do not enter any command to the defendant”); por isso, fala-se em execução *in rem*, não *in personam*, isto é, direciona-se ao patrimônio do devedor, não à sua pessoa (Ibid., p. 12-13). Diferenciação semelhante existe em nosso sistema, no contraste do “cumprimento de sentença” (art. 475-J do CPC/73) com a efetivação das decisões baseada no art. 461. O CPC/15, de certo modo, mantém essa lógica, mas apresenta uma previsão importante e que confere abertura à efetivação das decisões em geral: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

⁴⁰⁸ “Such injunctions would be simple reparative or preventive injunctions if they merely ordered authorities to carry out or to cease some specific act. However, restructuring injunctions are typically complex and invasive. They are likely to involve the judge in tasks traditionally considered to be non-judicial, that is, less about rights and duties and more about management” (DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 164).

administrada pela corte. Mecanismos coercitivos são empregados apenas como último recurso, dado que um administrador deve procurar, antes, a colaboração.⁴⁰⁹

Além disso, mesmo em outras espécies de *injunction*, não é sempre que o mecanismo do *contempt of court*, que pode ter natureza civil ou penal,⁴¹⁰ é utilizado para efetivação da ordem. São viáveis também meios sub-rogoratórios, como o emprego de *receivers* ou (*special*) *masters*. Os primeiros são interventores ou administradores, que podem, por exemplo, ser designados pelo juiz para gerenciar os bens do réu. Os segundos são auxiliares do juízo que podem participar da efetivação da decisão, fiscalizando-a, assim como da própria instrução do processo em causas complexas.⁴¹¹

Essas figuras têm especial relevância nos litígios estruturais,⁴¹² em razão da alta complexidade que os reveste. Os *receivers* já foram utilizados para administrar o sistema educacional de determinadas localidades, ainda que como medida excepcional ou último recurso a ser empregado, dada a gravidade da técnica interventiva. Do mesmo modo os *masters*, para que, imersos na instituição a ser reformada, pudessem colher em campo e reportar informações sobre o estado atual e a implementação das medidas de reorganização, até mesmo fazendo recomendações de como desenhar ou efetivar a decisão judicial.⁴¹³

Assim, quando a implementação da decisão exige atividades diversas ou complexas ou, ainda, o desenvolvimento e o controle de atividades perduram no tempo, há a opção de delegação a terceiro (que pode ser uma daqueles figuras ou até mesmo outro órgão judicial). Isso é útil em vários aspectos; para a própria gestão do tempo do juiz ou garantia de sua

⁴⁰⁹ FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 36-37.

⁴¹⁰ V. DOBBS, D. B. **Law of Remedies**, ob. cit., p. 135 e ss.

⁴¹¹ V. Ibid., p. 16 e 130-131.

⁴¹² V. Ibid., p. 641-643.

⁴¹³ A nomenclatura, porém, varia. *Masters* (ou mesmo *special masters*) já foram indicados para administração, para o que são usualmente empregados os *receivers* (v. Ibid., p. 642, n. 19). Sobre essas figuras, v. BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: Estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 81 e ss; ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 359. Quanto aos *receivers*, embora necessários em certas situações, o emprego pode ocasionar ao menos dois problemas, quais sejam, retirar a responsabilidade daqueles que são os reais responsáveis por administrar as instituições em que se faz a intervenção e implicar altos custos pelos serviços prestados (BAUERMANN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**, ob. cit., p. 88-89). Para uma análise da atuação estrutural feita por um *master* de diversos casos, v. NATHAN, Vincent M. Have the Courts Made a Difference in the Quality of Prison Conditions? What Have We Accomplished to Date? **Pace Law Review**, v. 24, p. 419-426, abr. 2004 (“What I do bring to these discussions is almost thirty years of experience working as a corrections consultant, an expert witness and a court monitor or special master in the remedial phase of prison reform litigation”, p. 420 – o autor foi *special master*, p. e., em *Jones v. Wittenberg* e *Ruiz v. Estelle*).

imparcialidade⁴¹⁴ e para a eficiência da efetivação das decisões. Porém, não há completa delegação das tarefas, pois, diante de algum problema, pode recorrer-se ao juiz.⁴¹⁵

Ainda quanto à participação de terceiros, o juiz pode chamar diversos atores para ampliar a “*representational framework*” no processo. É viável que os próprios *masters* atuem nesse sentido, assim como outros órgãos ou organizações podem participar do processo com o fim de que os interesses sejam adequadamente representados, como parte, *amicus curiae* ou até figuras híbridas, como o *litigating amicus*.⁴¹⁶

Por fim, outro ponto interessante da experiência estadunidense relaciona-se com a modificabilidade ou não da *injunction*. Nos casos estruturais, muitas ordens não foram elaboradas isoladamente pelo juiz ou seguindo somente as sugestões dos *special masters*. Frequente é a existência de *consent decrees*,⁴¹⁷ o que, para alguns, sinalizaria a tendência de que o juiz se abstenha de decidir, oportunizando que as próprias partes cheguem a uma possível solução e apresentem para aprovação judicial. De um modo ou de outro, a problemática da alteração da decisão judicial, negociada ou não, é relevante para a própria eficácia da reforma estrutural.

É que, como lembra Owen Fiss, o usual não é uma única decisão, mas um ciclo de decisões, aproximando-se cada vez mais de determinações detalhadas.⁴¹⁸ Sendo o problema que se procura resolver complexo e a realização da reforma algo não imediato (ou seja, levando em

⁴¹⁴ Como mencionado na parte I, capítulo 3, item 3.1.2. V. FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 56-57 (sobre o dilema da imparcialidade).

⁴¹⁵ Não obstante, há quem questione se o controle seria realmente viável, considerando, por exemplo, que muitas informações são obtidas pelos *special masters* informalmente. Por exemplo: “Judges cannot always be counted on to correct any resulting bias in the formulation or implementation of the decree. Findings of fact contained in master’s reports are traditionally subject to judicial alteration only if clearly erroneous. [...] Moreover, careful review is often difficult because many of the determinations of the special masters occur informally, so that such findings never reach the judge. These determinations can be so numerous and the activities of the master so complicated that the sheer magnitude of the task can discourage prompt review by the judge.” (NAGEL, R. F. *Controlling the structural injunction*, ob. cit., p. 404).

⁴¹⁶ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 26-27. Especificamente quanto à última figura: “The concept of a litigating amicus first took root in school cases where trial judges invited the United States to participate; the intent was to obtain the Executive’s commitment to enforce the decree, and also to broaden the representational structure” (Ibid., p. 26). Ainda, v. LOWMAN, Michael K. *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends leave?* **The American University Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1.243-1.299, 1992.

⁴¹⁷ O “consent decree is a judgment, approved by the judge under Rule 58(b)(2). It is a judgment that also embodies the parties’ agreement or contract.” Assim, “[a]lthough the litigants’ agreement or contract will not commit the judge to contempt enforcement, the parties’ consent decree that the judge enters as a injunction may be enforced with contempt” (RENDLEMAN, D. *Complex litigation*, ob. cit., p. 399 e 430, respectivamente). “[Special masters] often supervise negotiations between claimants and defendants, steering them to an agreed remedial plan that the judge subsequently turns into a binding public law obligation by means of a ‘consent decree’, the violation of which will constitute contempt of court” (KING, Jeff. *Social Rights and Welfare Reform in Times of Economic Crisis*. Ouro Preto, Brasil: **European Comissions for Democracy Through Law**, 2014, p. 7).

⁴¹⁸ FISS, O. M. *The civil rights injunction*, ob. cit., p. 36.

conta a dinâmica e a dinamicidade desses litígios), a necessidade de alteração e complementação do plano inicial de reestruturação não é uma hipótese descabida. Surgem várias questões relevantes, especialmente no que toca aos limites da possibilidade de mudança, ou seja, quais novas circunstâncias autorizariam alterar o que foi decidido ou acordado, ainda mais quando já se chegou a um considerável nível de detalhamento.⁴¹⁹

4.1.2 Comando-e-controle versus experimentalismo

Abram Chayes e Owen Fiss são dois autores centrais no debate acerca da atuação estrutural do Judiciário, nos EUA,⁴²⁰ e suas ideias, assim como o fenômeno dos litígios estruturais, não são isentas de críticas. Uma delas é a de que a preocupação estaria centrada no papel do juiz, o que não é difícil perceber. Fiss, por exemplo, observa que, no processo estrutural, *o juiz* confronta uma burocracia estatal para, operando a reforma estrutural, eliminar a ameaça aos valores públicos.⁴²¹ Chayes, também, afirma que a figura dominante na organização e na condução do caso é *o juiz*, que teria passado a ser o criador ou gestor de formas complexas de remédios judiciais.⁴²²

A crítica vem dizer, fundamentalmente, que é demais estreita a visão em relação aos casos estruturais focada somente no processo ou, mais ainda, no juiz, não tomando em conta diferentes grupos, interesses e interações que esses litígios envolvem, por exemplo.⁴²³ Em contraposição a isso, alguns autores sugerem outra abordagem – como o experimentalismo, que

⁴¹⁹ V., neste trabalho, parte II, capítulo 6.

⁴²⁰ Ambos os autores seriam “[t]he original theorists of the structural injunction” (RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 498). Nesse sentido, ao menos como indicativo da importância de seus trabalhos nos Estados Unidos, veja-se que o artigo de Chayes *The role of the judge in public law litigation*, considerando os anos de 1956 a 1995 e as fontes utilizadas em tal pesquisa, está entre os mais citados, em 6.º lugar. Igualmente o de Fiss, *The forms of justice*, em 18.º – assim como está o de Fuller, a que se contrapõem aqueles dois, *The forms and limits of adjudication*, em 46.º (SHAPIRO, Fred R. *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 71, n. 3, p. 751-779, jan. 1996). Em uma nova versão da pesquisa (até 2011, levando em conta as bases de dados *HeinOnline* e *Web of Science*), também são encontrados os escritos de: Chayes, em 11.º lugar; Fiss, em 27.º; Fuller, em 26.º (SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle. *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*. **Michigan Law Review**, v. 110, n. 8, p. 1.483-1.520, 2012).

⁴²¹ FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 2, grifado aqui. Ainda: “What we find [...] in a structural lawsuit is an array of competing interests and perspectives organized around a number of issues *and a single decisional agency, the judge*” (FISS, O. M. *The Social and Political Foundations of Adjudication*, ob. cit., p. 123, grifado aqui). Fica evidente que “[t]he focus on the individual judge and the belief in adjudication embraces the state as a central regulator of conduct” (RESNIK, J. *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, ob. cit., p. 175).

⁴²² CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.284.

⁴²³ V., p. e., SCHLANGER, M. *Beyond the Hero Judge*, ob. cit., *passim*.

será visto abaixo –, a fim de captar a amplitude do fenômeno.⁴²⁴ O cotejo entre as duas linhas de aproximação, mais ampla ou mais restrita, pode ser representado, basicamente, por dois questionamentos: *como os juízes fazem política* ou *como as cortes funcionam como uma arena de disputa política*.⁴²⁵

Fiss aponta que, na primeira década a partir de *Brown* (1954-1964), as decisões de dessegregação nas escolas eram tipicamente divididas em duas partes. Na primeira, havia uma proibição genérica – por exemplo, de não discriminar os estudantes com base em critério racial. Na segunda, uma determinação de que os conselhos escolares (*school boards*) apresentassem um plano para alcançar um sistema educacional unitário. A técnica era utilizada não apenas por considerações estratégicas, mas também em razão da pluralidade de concepções ou falta de clareza acerca do que seria um sistema unitário e para aproveitar o conhecimento técnico do réu. Na década seguinte (1964-1974), porém, as decisões passaram a ser mais detalhadas, indicando com mais especificidades o que deveria ser feito para implementar as reformas estruturais.⁴²⁶

Exemplificando, a decisão judicial poderia indicar a equipe de pessoal necessária em determinada instituição, a comida que deveria ser servida ou até mesmo quando e por quanto tempo poderia o preso ficar em cela solitária.⁴²⁷ Também poderia definir as cores das paredes e o tamanho dos sanitários nas celas, o currículo escolar e a distribuição dos professores ou os parâmetros de tratamento psiquiátrico.⁴²⁸ Nessa linha, no caso *Wyatt v. Stickney*,⁴²⁹ concernente às condições a que estavam sujeitas as pessoas internadas para tratamento psiquiátrico no *Bryce Hospital*, no Alabama, foi determinado que houvesse um banheiro para cada oito pacientes e seis

⁴²⁴ Mark Tushnet, por exemplo, traz a compreensão de ser um processo social, que começa “when people start to see that they might understand what has happened to them as something for which the legal system must provide a remedy” e não termina quando o caso é decidido: “It extends through the implementation or evasion of the court’s decisions, and includes the search for legislative alternatives to the outcome the court reached” (TUSHNET, M. V. **The NAACP’s Legal Strategy...**, ob. cit., p. xiv).

⁴²⁵ Os dois questionamentos, representando interpretações mais amplas ou mais restritas dos litígios estruturais, são contrapostos por SCHLANGER, M. *Beyond the Hero Judge*, ob. cit., p. 2.000.

⁴²⁶ FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 13-14. “[...] over the time the decreed act becomes more and more specific, for example, detailing the dates on which choice forms are to be distributed, the ratio of blacks and whites in each school, the amount to be spent on books, etc. But this specificity emerges as a last resort. The original impulse in these structural cases was just the opposite – to use no specificity in describing the act required” (Ibid., p. 13).

⁴²⁷ FLETCHER, W. A. *The discretionary constitution*, ob. cit., p. 639, nota de rodapé omitida.

⁴²⁸ NAGEL, R. F. *Controlling the structural injunction*, ob. cit., p. 397.

⁴²⁹ 325 F. Supp 781 (M.D. Ala. 1971). A ação foi ajuizada em 23 de outubro de 1970, e o processo encerrou-se em dezembro de 2003, conforme informações coletadas por *The Civil Rights Litigation Clearinghouse* e disponíveis, especificamente quanto ao caso, em:

<<http://www.clearinghouse.net/detail.php?id=404&search=source%7Cgeneral%3BcaseName%7Cwyatt%3Borderby%7CfilingYear%3B>>.

destes por quarto, assim como qual seria o espaço que cada um teria nos dormitórios e no refeitório e qual deveria ser a temperatura do ar e da água.⁴³⁰

É especialmente este segundo caminho, de decisões elaboradas pelo juiz, muitas vezes com inúmeros detalhes, que é visto como um modelo centralizado no juiz ou, mais especificamente, como o modelo comando-e-controle. Caracteriza-se por uma regulação “de cima para baixo”, operada de modo centralizado, tipicamente com um comando (como está no próprio nome) acoplado a uma sanção, para o caso de não ser observado. Basicamente, o modelo tem três marcas, como apontam Charles Sabel e William Simon: a procura por antecipar e indicar todas as principais diretivas necessárias para o cumprimento da decisão judicial, que se caracterizaria por ser única e compreensiva e apresentar acentuada rigidez; a avaliação do cumprimento baseada na verificação de se as determinações detalhadas foram observadas pelo réu, determinações estas que tenderiam a ser específicas quanto aos meios a serem utilizados para alcançar os objetivos visados; e um forte papel diretivo do juiz (ou de um *special master*) na formulação da decisão.⁴³¹

A propósito, Fiss entende que seria alcançável normatividade substancial por meio dos remédios.⁴³² No campo das prisões, por exemplo, embora a Constituição dos EUA preveja o direito à segurança e à saúde, nada diria a respeito de registros médicos, classificação dos presos ou tamanho mínimo das celas. Nesse contexto, com a convergência de *structural injunctions* detalhadas, estabelecendo critérios a serem atendidos em relação a esses e outros aspectos, criam-se parâmetros substanciais para outros casos.⁴³³ Portanto, por meio das decisões estruturais, o *magistrado* dá significado concreto aos valores públicos, criando *standards*, conforme a reiteração das decisões. Ademais, a centralidade do juiz é própria dos processos injuncionais, na medida em que há “concentração” ou “fusão” do poder de decisão no juiz, embora de uma maneira descentralizada – no sentido de que o poder não está propriamente no Judiciário como um todo, mas é atribuído a cada um dos juízes.⁴³⁴

Susan Sturm destaca duas formas de os litígios estruturais serem encarados sob a óptica tradicional da atuação jurisdicional. Uma delas seria uma espécie de deferência, deixando que o réu elaborasse e implementasse o remédio, só agindo o juiz então quando formalmente

⁴³⁰ Como lembram SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.031.

⁴³¹ Ibid., p. 1.021-1.022.

⁴³² “The tendency in complex enforcement is for remedies to become part of the substantive law, as ‘rights’ in themselves” (FISS, O. Complex Enforcement, ob. cit., p. 638).

⁴³³ Ibid., p. 637-639. Assim, “complex enforcement does not merely remedy unconstitutional conditions; it also develops a substantive law of systemic wrongful system” (Ibid., p. 646).

⁴³⁴ FISS, O. M. *The civil rights injunction*, ob. cit., p. 27.

provocado pelo autor, ao noticiar o fracasso do demandado em adotar medidas para efetivação da decisão judicial genérica. A outra, justamente, seria se basear no material formalmente trazido pelas partes ao processo para elaboração e imposição de provimentos detalhados, utilizando – para preenchimento das lacunas eventualmente existentes – presunções, julgamentos pessoais, decisões de casos similares ou até mesmo a lógica. A decisão paradigmática dessa hipótese é a do juiz Frank M. Johnson, no caso de reforma estrutural das prisões no Alabama, que sozinho elaborou e impôs uma ordem detalhada, conforme sua concepção do que seria necessário para corrigir as violações da Constituição.⁴³⁵ O juiz Johnson, aliás, se tornou uma figura conhecida nos EUA e bastante emblemática,⁴³⁶ responsável por diferentes decisões estruturais (como a caso *Wyatt*, acima referido).

Isso leva a outro aspecto. Além da concentração do poder de decisão nos diversos integrantes do sistema judicial, haveria personalização, ou seja, a decisão seria tomada não por qualquer juiz, mas pela pessoa específica que exerce tal cargo, o que, em razão do contato contínuo com a instituição a ser reformada, teria maior intensidade nas *structural injunctions*.⁴³⁷

Essa personificação tem um aspecto positivo (e até bastante importante), que é o senso de responsabilidade que implica ao magistrado. Ele é reconhecido como aquele que tomou a decisão, não podendo esconder-se, por exemplo, atrás da instituição judiciária ou até mesmo “do direito” (como quando se diz “o Judiciário julgou...” ou “apenas apliquei a lei...”). Todavia, parece que, assim, foca-se excessivamente no juiz. É certo que ele não terá um papel passivo, como no modelo adversarial, mas um papel fundamental na própria condução do processo. Porém, isso não implica que seja o mais importante ou que apague o dos demais participantes do processo. Direcionar atenção demasiada ao juiz faz parecer que ele atua sozinho, o que é inviável em casos estruturais.⁴³⁸

⁴³⁵ STURM, S. P. *Equality and the Forms of Justice*, ob. cit., p. 1.367-1.368.

⁴³⁶ FISS, O. M. *The History of an Idea*, ob. cit., p. 101-105. Entrevista com o magistrado disponível em: <<http://www.achievement.org/autodoc/page/joh2int-1>>.

⁴³⁷ FISS, O. M. *The civil rights injunction*, ob. cit., p. 28. (“The issuance or enforcement of an injunction becomes an expression of a person, as much as it is an expression of an office, and represents a striking instance of the personification of the law – when we speak of the decisional authority in the injunctive process we often talk not of *the law* or even *the court*, but of Judge Johnson or Judge Garrity”).

⁴³⁸ E talvez não só neles. De todo modo, a afirmação não significa desprezo ou esquecimento do esforço judicial diário na administração dos inúmeros processos nem daquele que é ainda mais exigido nos casos complexos. O que se quer dizer vai nesse sentido: “Institutional reform litigation is not a judicial movement but a political practice. How courts began, and whether they continue, to be an arena for such litigation; how the litigation looks; and whether it succeeds or fails are functions not simply of judicial will and role, but of the goals, resources, and actions of many groups and actors, filtered through the rules of litigation. If scholars are going to be useful observers and analysts of this universe of cases, we must free ourselves from our long-bred urge to talk only about judges and open

Com o foco no juiz, tem-se uma abordagem, portanto, de regulação centralizada, de caráter mais verticalizado (ou hierarquizado), forjando um tipo específico de relação com aqueles a cuja conduta está direcionada a norma unilateralmente elaborada.⁴³⁹ Uma perspectiva mais ampla é o experimentalismo, proposto por Charles Sabel e William Simon.⁴⁴⁰

Os autores trabalham com essa aproximação, que visa a uma regulação “*from the bottom*”, horizontalizada, propondo que, nos casos estruturais, os direitos invocados funcionam como “direitos desestabilizadores”⁴⁴¹, que inserem uma perturbação na instituição que não está satisfazendo os padrões mínimos de desempenho.⁴⁴² O processo desestabiliza as expectativas iniciais das partes, por meio de efeitos de diferentes naturezas (políticos, cognitivos e até psicológicos), abrindo espaço para uma “colaboração experimentalista”.⁴⁴³

Assim, tendo encontrado uma violação de direitos, é determinada que seja corrigida de algum modo, vale dizer, opera-se a desestabilização, por meio dos direitos reivindicados, da instituição de desempenho insatisfatório.⁴⁴⁴ Nem sempre esse será o caminho mais apropriado, como reconhecem os próprios autores, mas é promissor. A desestabilização gera diferentes efeitos que enfraquecem o *status quo*, efeitos estes que incidem em várias dimensões – individual, institucional, interinstitucional e social.⁴⁴⁵

O primeiro deles é o *veil effect*, no sentido de que os envolvidos, com a desestabilização, encontram-se em parte no “véu da ignorância”, não tendo como saber exatamente o que atenderia melhor a seus interesses particulares ou egoístas, o que incentivaria a colaboração. O segundo, o *status quo effect*, reverte a presunção a favor do *status quo*, determinando que alguma

our eyes instead to the full range of participants and forces at work.” (SCHLANGER, M. Beyond the Hero Judge, ob. cit., p. 2.036).

⁴³⁹ STURM, S. P. Equality and the Forms of Justice, ob. cit., p. 61.

⁴⁴⁰ No artigo em que tratam disso, defendem que teria havido uma mutação nos litígios estruturais, que inicialmente se enquadrariam no modelo comando-e-controle e depois, na década de 1990, teriam passado ao experimentalismo. Trabalham com alguns casos concretos para demonstrar essa tese. Não obstante, embora isso não seja tão relevante para a presente pesquisa, vale anotar que essa narrativa não encontra consenso. Margo Schlander, por exemplo, entende que não teria havido esse tipo de mudança na natureza da regulação (v. SCHLANGER, M. Civil Rights Injunctions Over Time, ob. cit., p. 623 e ss).

⁴⁴¹ A ideia de *destabilization rights* é retirada de Roberto Mangabeira Unger, v. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Nova Iorque e Londres: Verso, 2004, p. 530 e ss.

⁴⁴² SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.062.

⁴⁴³ Ibid., p. 1.020.

⁴⁴⁴ “[...] having found a violation of some broad norm – the right to an adequate education, the right to access to justice – she imposes the single remedy that the liability phase has shown to be appropriate: institutional destabilization” (Ibid., p. 1.056).

⁴⁴⁵ No nível individual, “these effects appear rooted in much-discussed cognitive and psychological features of human sociability that are at odds with traditional conceptions of human actors as either calculating private utility maximizers or dispassionate Kantian moralists” (Ibid., p. 1.074).

mudança seja feita, embora se possa desconhecer qual ou exatamente como.⁴⁴⁶ O *deliberation effect*, por sua vez, significa que uma abertura às alternativas faz com que não haja mais a vantagem da inércia insitucional, devendo cada posição ter suas razões apresentadas. O quarto, o *publicity effect*, possibilita que, com a publicização do problema, seja gerada uma pressão sobre o réu para que adote medidas responsáveis. Ainda, o *stakeholder effect*, relativo ao equilíbrio entre as partes, gera pressão interna na classe ou instituição (alteração no autor e no réu) e participação de outros interessados. Por fim, tem-se o *web effect*, constituído pela repercussão da desestabilização para outras instituições e práticas, juntamente com o *feedback* em relação à instituição que está sendo reformada. As medidas adotadas, que o foram com base em informações limitadas existentes no início, podem elas mesmas ser informativas e ensejar a adoção de ações de caráter corretivo, e assim por diante.⁴⁴⁷

Nesse contexto, a proposta experimentalista tem as seguintes marcas:⁴⁴⁸

- Participação dos interessados e negociação entre eles (não é *top-down*, com uma autoridade central):⁴⁴⁹ o processo não é hierarquizado nem fechado, permitindo que nele atuem diferentes participantes, conforme as circunstâncias exijam, mesmo que não sejam formalmente partes, havendo assim uma “colaboração produtiva”. Aqueles que são importantes para o sucesso da reforma também devem ser chamados, caso não tomem a iniciativa de participar. As negociações são diretas entre os interessados e têm caráter deliberativo, isto é, eles têm que expor seus pontos de vista de modo fundamentado, podendo haver a designação de *special master* ou de um mediador. Embora se queira atingir o consenso, nem sempre será conseguido. Nesse cenário, os tribunais se envolveriam mais e menos ao mesmo tempo. Mais, porque a relação é continuativa, com posteriores revisões. Menos, porque as regulações não são obra do juiz, mas dos “*actors who live by them*”.⁴⁵⁰ Há maior possibilidade de lidar com a

⁴⁴⁶ “The condemnation of the status quo has a distinct cognitive effect: it releases the mental grip of conventional structures on the capacity to consider alternatives. [...] Study of attitudes toward risk has indicated that people are more averse to dangers they perceive as losses rather than as failures to gain, even though these perceptions are quite manipulable. (A price differential for cash or credit will be regarded differently depending on whether it is called a credit surcharge or a cash discount.)” E, nesse sentido, “[t]he former regime no longer represents a potential loss but is simply one of many possible arrangements, and indeed a relatively unpromising one” (Ibid., p. 1.075-1.076).

⁴⁴⁷ V. Ibid., p. 1.074 e ss.

⁴⁴⁸ Não necessariamente todas sempre terão a mesma intensidade.

⁴⁴⁹ V. Ibid., p. 1.020 e 1.067 e ss.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 1.020. “Destabilization induces the institution to reform itself in a process in which it must respond to previously excluded stakeholders” (Ibid., p. 1.056).

resistência, sem exacerbá-la, como poderia acontecer com determinações mais “intrusivas” do tipo comando-e-controle;

- Objetivos gerais e critérios avaliativos (*outputs*, mais que *inputs*):⁴⁵¹ em vez de específicas, são elaboradas normas gerais, como *standards* que pautam as condutas ao indicar os objetivos a serem atingidos, cabendo às partes determinar como serão atendidos. São estabelecidos procedimentos e critérios para avaliar o desempenho da instituição desestabilizada, comparando-se também sua performance com a de outras instituições exitosas, aprendendo com elas. Não se intenta impor a adoção de condutas específicas (e sim se estabelecem os fins a serem atingidos), porque sequer se sabe qual é exatamente o padrão de conduta desejável, havendo reconhecimento pelos próprios interessados de que as informações são limitadas. Tem-se, assim, uma regulação pelos resultados, mas não sem monitoramento, para garantir o alcance deles;⁴⁵²
- Flexibilidade e revisão contínua (em vez de normas rígidas):⁴⁵³ As metas e os critérios avaliativos são provisórios e sujeitos a contínua revisão, à luz da experiência. A incompletude do conhecimento se refere também aos resultados, por isso eles mesmos não são imutáveis. Se determinada meta, por diferentes razões, mostra-se posteriormente inadequada ou insatisfatória (ou até inatingível), e já que é concebida desde logo como algo que pode ser modificado, sendo assim contestável, sujeita-se a alteração. É um processo de aprendizagem com a experiência, de modo colaborativo e construtivo;⁴⁵⁴ as normas são provisórias e flexíveis, e as políticas vão sendo alteradas conforme os problemas vão surgindo (“*rolling rule regime*”). Se alguma meta já não atende mais às expectativas, pode ser revista conforme o procedimento previsto,⁴⁵⁵ com base, por exemplo, na apresentação de relatórios ou outros documentos a fim de

⁴⁵¹ V. Ibid., p. 1.019 e 1.055.

⁴⁵² Ademais, “[t]he message that the new public law sends to prospective defendants is not that they will suffer any specific set of consequences in the event of default, but that they will suffer loss of independence and increased uncertainty” (Ibid., p. 1.055).

⁴⁵³ V. Ibid., p. 1.019 e 1.070.

⁴⁵⁴ “[...] remedy institutionalizes a process of ongoing learning and reconstruction” (Ibid., p. 1.019). A horizontalidade da regulação parece favorecer a contribuição pelas partes e por outros diferentes interessados, em um ambiente de negociação e aprendizagem.

⁴⁵⁵ Exemplo: “If educational test scores are high because teachers have inappropriately narrowed the curriculum to ‘teach to the test,’ the test should be revised or the weighting of the scores changed” (Ibid., p. 1.070).

trazer informações aos diferentes participantes. Ou seja, não se dispensa que aquele que pretende a modificação do que havia sido estabelecido, até mesmo para que não lhe seja imputado descumprimento, apresente boas razões e proponha alterações; tem, portanto, o ônus argumentativo (*burden of persuasion*);

- Transparência (nem sempre presente no outro modelo):⁴⁵⁶ As normas, ainda que gerais e provisórias, devem ser explícitas e públicas, por um lado; por outro, os critérios e procedimentos de avaliação do cumprimento devem ser não apenas acordados, mas publicizados, servindo, assim, como mecanismos de *accountability*, em relação aos diferentes participantes, bem como de aprendizagem. Sabendo-se o que foi programado, o que aconteceu, o que deu e o que não deu certo, é que se pode aprender e revisar os “erros”;⁴⁵⁷ não é possível aprender sem informação. Portanto, o contínuo processo de monitoramento e revisão traz transparência – e assim *accountability*.⁴⁵⁸ A desestabilização denuncia o *status quo*, publicizando sua inadmissibilidade, tendo então a instituição desestabilizada que trazer *feedbacks* sobre o atendimento das metas (podendo também propor alterações, como visto). Tudo isso permite avaliar o desempenho, eventualmente comparando-o com outros, e, se obtido sucesso, a instituição ganha autonomia.

É uma proposta interessante para os casos estruturais, justamente em razão de sua compatibilidade com uma das características daqueles: a policentria, em grau que não pode ser ignorada, sob pena de comprometer a própria eficácia e assim a efetividade das medidas adotadas para lidar com o problema estrutural. Procura aumentar-se a quantidade de informações e há flexibilidade e contínua revisão, de modo que possíveis efeitos não desejados ou não

⁴⁵⁶ V. Ibid., 1.056 e 1.070-1.072.

⁴⁵⁷ Inclusive de maneira proativa: “Proactive error detection processes that treat instances of noncompliance diagnostically as symptoms of systemic problems rather than as ‘trouble cases’ to be resolved in isolation” (SIMON, William H. The Warren Court, Legalism and Democracy: Sketch for a Critique in a Style Learned from Morton Horwitz. In: BROPHY; HAMILTON (Ed.). **Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Professor Morton J. Horwitz**. Cambridge: Harvard University Press, v. I, 2009, p. 14).

⁴⁵⁸ “Transparency is a core element of accountable government” (ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when it is appropriate, just and equitable? **The South African Law Review**, v. 122, n. 2, p. 325-351, 2005, p. 347). Ademais, pode evitar um efeito que poderia resultar do fato de a corte assumir toda a reforma: “If increased intervention takes the form of specific dictation of conduct, it will incur the disadvantages of command-and-control regulation and may allow the defendant administrator to shift responsibility for problems to the court or the plaintiffs” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.073). Assim, por exemplo, governantes e administradores podem se escusar, escondendo-se atrás do Judiciário, atribuindo-lhe as falhas institucionais.

imaginados não se concretizem ou ao menos não se consolidem. É possível ir “acomodando” a resolução do problema estrutural. Isso guarda estreita relação com um dos efeitos da desestabilização acima assinalados, o *efeito rede*, que possibilita que a reforma seja operada em uma sequência determinada pelo próprio curso da tentativa de realizá-la, reforma tal que não seria possível especificar desde logo por completo. Esse efeito representa a policentria, na resolução de problemas, como algo positivo, não como um obstáculo.⁴⁵⁹ Nessa linha, a policentria não é problemática em si nem no trato dos casos estruturais. É um aspecto com o qual se tem de lidar e com o qual, quando se lida, aprende-se. As diferentes repercussões (algumas inimagináveis e outras até tidas como irrelevantes a princípio) e os “erros” fazem, assim, parte de um necessário processo de aprendizagem.

Portanto, a desestabilização *subverte* a instituição, indicando que “assim não dá”, que algo tem de ser feito, e a correlata solução experimentalista (ou talvez, mais propriamente, o *processo de solucionamento*) possibilita a supervisão, a avaliação e a modificação das medidas adotadas ou a serem adotadas, além de viabilizar a alteração dos próprios objetivos ou metas que já se mostrem inviáveis ou até mesmo incompatíveis com as expectativas. É uma abordagem que não ignora as dificuldades e as inúmeras variantes – e até mesmo tira proveito de algumas delas. Permite, com tudo isso, o aprimoramento da capacidade institucional do Judiciário, inclusive contando com uma atuação conjunta, muitas vezes indispensável para lidar com problemas complexos, não tendo ninguém, isoladamente, habilidade suficiente para tanto.⁴⁶⁰

Por tudo isso, é útil a perspectiva experimentalista na conformação de um processo coletivo-estrutural no Brasil,⁴⁶¹ embora não seja a única possibilidade ou nem sempre encontre condições favoráveis para desenvolver ou para desenvolver-se por completo. Passa-se, agora, a verificar quais contornos pode ter um processo idôneo para trabalhar com casos estruturais, bem como, depois, quais seriam algumas possíveis técnicas processuais para torná-lo factível.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 1.080.

⁴⁶⁰ “La descentralización debe verse como una estrategia epistémica, y no como una desautorización, o sanción. Ella se dirige a encontrar las capacidades institucionales que no existen, y/o se desconocen.” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 282).

⁴⁶¹ A proposta também tem aplicação defendida na Argentina, v., p. e., BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**, 2005; PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 277 e ss.

4.2 Contornos do processo coletivo-estrutural no Brasil

Parece ter ficado suficientemente claro, com o que foi exposto até aqui, que não é possível utilizar o processo civil clássico, estruturado para litígios individuais e bipolarizados, nos casos estruturais, bem como que aquele tem determinadas premissas e funções, não compatíveis com as de uma atuação jurisdicional estrutural potencialmente efetiva.⁴⁶² Embora haja a necessidade de pensar um outro processo para trabalhar com esses litígios estruturais (se não adotada, evidentemente, a ideia de que o Judiciário não deve lidar com eles), não há propriamente *um* modelo ou, melhor dizendo, uma receita para adequar o processo a tais casos, não há fórmula mágica. Tampouco o processo coletivo-estrutural aqui cogitado é a panaceia para todos os problemas no tratamento dessas situações complexas.

Foram vistas na primeira parte deste trabalho as características dos litígios estruturais – as quais variam em extensão ou intensidade conforme o direito material, vale lembrar –, assim como as incompatibilidades com o processo tradicional, cabendo agora encontrar possíveis respostas a tudo isso, ainda que incompletas ou provisórias. O que se procura apresentar, então, são quatro possíveis elementos desse outro processo (participação e negociação; foco nos resultados; flexibilidade; e transparência), na linha do experimentalismo, assim como, posteriormente, os instrumentos ou técnicas aplicáveis, para que o tratamento judicial seja mais adequado às características dos casos estruturais e para que seja possível, de algum modo, captar e modelar a exorbitante complexidade que envolvem.

Antes, porém, de passar a esses pontos, convém explicitar com qual eixo metodológico a proposta se alinha, bem como esclarecer a que ela está direcionada, isto é, a transformações concretas, não a decisões autossuficientes, o que tem reflexos nas técnicas processuais necessárias.

4.2.1 Viés pragmático

Quando se fala em efetividade da tutela jurisdicional, a preocupação não deve ser apenas em não ter um processo civil descolado do direito material, mas também abstrativizado.⁴⁶³ Em

⁴⁶² “Once again, procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, as should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim.” (FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 94).

⁴⁶³ O descolamento gera abstrativização, mas não somente ele.

outros termos, não basta afirmar que a atuação jurisdicional deve ser pensada à luz do direito material (instrumentalidade), pois este também pode ser compreendido em tese. Já é uma etapa, mas insuficiente se não se vai além disso. Estar-se-á mais perto de uma prestação de tutela jurisdicional adequada (e efetiva) se forem consideradas também as circunstâncias fáticas, como as dificuldades práticas.⁴⁶⁴

Por conta disso, não é possível cogitar um “procedimento especial” (único) para os litígios estruturais, como se os contornos concretos não importassem para a adequação da prestação da tutela jurisdicional. Ter uma decisão que procure operar uma reforma estrutural, mas que deva ser formulada e implementada dentro de determinado procedimento, mesmo que com alterações pontuais em relação ao “procedimento comum”, é insuficiente. O modelo de processo é outro, e o procedimento tem de variar conforme as necessidades concretas.

Não obstante, uma lei específica para ações coletivas ou alterações legislativas não são indispensáveis para a construção desse outro processo e para a conformação do procedimento adequado, na medida em que é possível buscar soluções criativas e lançar mão de técnicas processuais já existentes (se o fator cultural permitir!⁴⁶⁵). Poderia ser feita uma sistematização legal de técnicas que já estão disponíveis ao magistrado ou eventualmente serem criadas outras ou incorporadas na legislação algumas já empregadas na prática judiciária, mas certamente a edição de um diploma legislativo não resolveria todas as dificuldades (nem provavelmente a maior parte delas) do processo coletivo brasileiro.⁴⁶⁶

Aqui, o processo coletivo-estrutural apresenta um viés pragmático,⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸ podendo ser isso compreendido como uma tentativa de inserir o processo coletivo na etapa metodológica

⁴⁶⁴ Conforme apontam Marinoni e Arenhart, “a técnica processual não apenas deve dar resposta às diferentes necessidades de tutela do direito material, vistas em abstrato, mas especialmente às particularidades dos casos conflitivos concretos. Se quer dizer, com isto, que a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva depende da possibilidade do uso da técnica processual adequada às especificadas do caso concreto” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Procedimentos Especiais**, ob. cit., p. 38).

⁴⁶⁵ CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, ob. cit., *passim*.

⁴⁶⁶ De novo, oportunas as palavras de Ovídio Baptista da Silva: “quando cuidamos de operacionalizar as mudanças com que a nação tanto sonha em geral apelamos para o inesgotável e encarado arsenal de nossas fantasias, imaginando que as transformações sociais de que carecemos com tanto urgência poderiam concorrer milagrosamente pela simples adoção de novas leis, casuisticamente produzidas, arte em que somos verdadeiros peritos, e que seriam acrescentadas ao entulho legislativo já existente, sem que os homens, no entanto, e suas instituições sofressem a mais mínima mudança” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Eds.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113, p. 110).

⁴⁶⁷ Viés que especialmente valoriza a experiência, é prospectivo e tem preocupação com as consequências. Ainda: “O pragmatismo implica, assim, que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental, e progressivo, isto é, orientado para o futuro” (EISENBERG, José. *Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61, p. 49).

pragmática do direito processual civil.⁴⁶⁹ De fato, “[o]s conceitos do processualismo não bastam para um direito essencialmente prático como o processual”,⁴⁷⁰ e, se muitas construções já não fazem sentido no campo individual, menos ainda no dos litígios coletivos e estruturais. O método pragmático é aquele que procura “resolver problemas reais, fornecendo meios concretos de atuação e decisão”.⁴⁷¹ Nos casos estruturais há “problemas reais” a serem resolvidos, sem contar o próprio “problema real” (sentido cotidianamente) que é a patente insuficiência, em termos gerais, do processo bipolarizado, seja ele individual, seja ele coletivo ainda arraigado no processo civil clássico, o que gera efeitos deletérios, além de outros específicos que podem surgir na tramitação do processo.

Em poucas palavras, “o pragmatismo ajuda a pensar um processo que funcione, que dê certo, cuja prática seja exitosa”,⁴⁷² inclusive lançando mão de técnicas e soluções processuais não previstas expressamente na legislação. Alguns podem vislumbrar violação do devido processo legal com o emprego do pragmatismo jurídico na esfera processual, como lembra Ataíde Jr.⁴⁷³ Porém, devido processo legal não é simplesmente procedimento previsto em lei. “Como princípio regulador, o devido processo legal dá equilíbrio ao sistema de proteção de direitos, pois impede que a excessiva valoração de um princípio em particular possa contrariar o próprio ideal de proteção dos direitos.”⁴⁷⁴ Assim, tem-se um devido processo legal se disponibilizadas (e utilizadas) técnicas processuais adequadas para alcançar a prestação jurisdicional efetiva, bem como respeitadas as diferentes garantias processuais,⁴⁷⁵ o que não acontece simplesmente com um procedimento abstratamente previsto.

Esse novo estágio metodológico coaduna-se com a proposta experimentalista vista acima, que é uma abordagem também pragmática,⁴⁷⁶ especialmente por basear-se na experiência para a definição e redefinição do que se quer alcançar. Ela conta com a experiência *interna*, ao levar-se

⁴⁶⁸ E veja-se que diferentes autores já deixaram clara a necessidade de pensar e articular o processo coletivo com uma postura pragmática. V. VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, ob. cit., p. 155-161; ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., *passim*.

⁴⁶⁹ V. ATAÍDE JR., V. de P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., *passim*.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 45.

⁴⁷¹ Ibid., p. 46.

⁴⁷² Ibid., p. 116-117.

⁴⁷³ Ibid., p. 102.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 103. V., ainda, VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, ob. cit., p. 146-152.

⁴⁷⁵ É que a garantia do processo legal tem tanto uma dimensão negativa como uma positiva; v. ATAÍDE JR., V. de P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., p. 103.

⁴⁷⁶ A proposta experimentalista de Sabel e Simon para os litígios estruturais guarda relação com o movimento “*new governance*” e tem por fundo determinada concepção de democracia, especificamente o experimentalismo democrático, na linha de John Dewey. V., sobre o último aspecto, SIMON, W. *The Warren Court, Legalism and Democracy*, ob. cit., p. 16-17.

em consideração o que foi obtido (ou não) no âmbito da resolução daquele problema específico, mas também *externa*, ao considerar, por exemplo, a performance de outras instituições no desempenho do mesmo papel ou na resolução daquele tipo de problema. Desse modo, aprende não apenas com os próprios “erros e acertos”, mas também com os de outros, desde que viável a comparação, é claro, e não um simple transplante.⁴⁷⁷ Ademais, haja vista que não existe “uma receita de reforma institucional que está aguardando na gaveta do funcionário público, ou que o juiz conhece e a administração ignora ou resiste”, essa proposta que descentraliza a regulação (afastando-se do modelo de comando-e-controle) tem por base um juízo pragmático acerca de quais são concretamente as capacidades existentes ou não para resolver o litígio estrutural ou sobre como, se inexistentes, gerá-las.⁴⁷⁸

Assim, com o experimentalismo, não há uma simples escolha entre isoladamente determinar o que tem que ser feito ou adotar uma postura de simples deferência. Reconhece-se tanto a possibilidade como a importância (pela necessidade, inclusive) de o Judiciário participar da alteração de determinada situação concreta, cuja manutenção é inadmissível em razão dos direitos que viola, embora se reconheça que a alteração não será imediata – nem simples. Como visto, os diferentes interessados podem, de uma maneira conjunta e colaborativa e com o auxílio judicial, “desenvolver *standards*, [juntamente com] os procedimentos para revisá-los, e os mecanismos de *accountability* para os que estarão sujeitos a eles”.⁴⁷⁹ Mesmo que a proposta não seja aplicável integralmente ou não o seja em todo caso estrutural,⁴⁸⁰ seus elementos podem ser manejados de diferentes formas em tal tipo de litígio, elementos estes de caráter pragmático e que podem orientar tanto a solução do ponto de vista substancial (como os próprios direitos são concebidos, qual o seu significado e até onde se deve ir), como as técnicas processuais a serem

⁴⁷⁷ A partir do ponto de vista externo, pode ser a experiência obtida em outros casos estruturais: “The best approach to drafting a decree is to study prior decrees in similar cases and to ask counsel in those cases how they might have redrafted the decree in retrospect.” (SARGENT SHIVER NATIONAL CENTER ON POVERTY LAW. **Federal Practice Manual for Legal Aid Attorneys**: Chapter 9 – Relief. 2013. Disponível em: <<http://federalpracticemanual.org/node/50>>. Acesso em: 10 nov. 2014, subitem 9.2.C.). Nessa linha de utilizar a experiência de outros casos, v. ZARING, David T. National Rulemaking through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform. **UCLA Law Review**, v. 51, p. 1.015-1.078, 2004, entendendo que há “standardization from below: the centralization of decentralized practices by widespread adoption and repeated application by repeat players” (p. 1.078), de modo que “we see the nationalization of institutional reform not exclusively in the way judges administer these cases, or in the way parties collaborate (or fail to collaborate) once the lawsuit has been filed, but also in the way that both judges and parties collaborate across lawsuits through networks of institutional reform. Networks, to be sure, are trendy terms with a number of theoretical glosses” (p. 1.038).

⁴⁷⁸ PUGA, M. G. **Litígio Estrutural**, ob. cit., p. 283. No original, o trecho antes reproduzido: “una receta de reforma institucional que esté aguardando en el cajón del funcionario público, o que el juez conoce y la administración ignora, o resiste” (Ibid.).

⁴⁷⁹ No original: “to derive standards, procedures for revising them, and mechanisms of accountability for those subject to them” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.089).

⁴⁸⁰ Até porque é necessária colaboração, o que nem sempre se faz presente, mesmo que se tente induzi-la.

adotadas, para que o processo consiga dar uma resposta à aproximação que se quer ter em relação problema, adaptando e criando soluções processuais conforme vai lidando-se com o caso e com os casos. Em certa medida, conforme o que se adotar na perspectiva material, terá de existir uma resposta do direito processual, preocupação central aqui, até para que não ocorram distorções. Sobre um pouco dessa relação é o que segue.

4.2.2 Transformação concreta: o desafio de ir além das decisões autossuficientes

Em texto sobre a Suprema Corte estadunidense, Barbosa Moreira traz exemplos que bem diferenciam o que significa pensar em casos estruturais que são aqui o centro da atenção (aqueles que desembocam em uma reforma ou reestruturação institucional supervisionada) e casos que resultam, ao menos a princípio, em uma decisão autossuficiente.⁴⁸¹

O primeiro deles é o caso *Griswold v. Connecticut*,⁴⁸² em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei de Connecticut que vedava o uso de anticoncepcionais, já que isso violaria o direito à privacidade, protegido constitucionalmente. Assim, a decisão significou, por exemplo, que os casais poderiam lançar mão de diferentes métodos contraceptivos ou que os médicos poderiam orientar seus pacientes a usá-los; também, que ninguém poderia ser condenado criminalmente pela utilização, não sendo “indispensável, porém, atividade complementar desta ou daquela autoridade pública, para imprimir efetividade prática ao pronunciamento da Corte”.⁴⁸³

O segundo exemplo, que está no âmbito das “decisões que reclamam, por seu próprio teor e pela matéria de que tratam, a realização de atos confiados a agentes diversos”, é o caso *Miranda v. Arizona*,⁴⁸⁴ em que a Suprema Corte impôs comportamentos ativos aos policiais, que, ao prenderem alguém suspeito de ter cometido crime, têm de fazer-lhe uma série de advertências, entre elas as de que tem direito a permanecer em silêncio e que o que disser poderá ser utilizado em seu desfavor no julgamento. Mais complexa ainda é a efetivação das decisões

⁴⁸¹ “A distinção entre sentença autossuficiente e sentença não autossuficiente, realizada por parte da doutrina, permite que se isolem as sentenças que não são, por si sós, suficientes para a tutela dos direitos, necessitando de meios de execução para que o direito possa ser efetivamente realizado.” Assim, as sentenças não autossuficientes “*não exaurem frutuosamente a tutela jurisdicional*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 472-473, grifado no original, nota de rodapé omitida).

⁴⁸² 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁸³ MOREIRA, J. C. B. O poder da Suprema Corte Norte-Americana e suas limitações, ob. cit., p. 118-119.

⁴⁸⁴ 384 U.S. 436 (1966).

que tocam a reformas administrativas, que necessitam alterar as estruturas, como no caso *Brown v. Board of Education*.⁴⁸⁵

Para reforçar a diferença, veja-se também um exemplo, da Corte Constitucional da África do Sul, em que não houve somente a *declaração* da inconstitucionalidade da pena de morte. Trata-se do caso *Sibiya & Others v. Director of Public Prosecution, Johannesburg & Others*.⁴⁸⁶ Na hipótese de limitar-se a tal declaração, estariam impedidas novas condenações à pena de morte, assim como poderiam individualmente ser revogadas ou modificadas as já proferidas, conforme provocação dos interessados.

A inconstitucionalidade, entretanto, já havia sido reconhecida dez anos antes, em 1995, em *S. v. Makwanyane*.⁴⁸⁷ Uma década depois, em *Sibiya*, a Corte Constitucional determinou que as condenações fossem revisadas para alteração da pena aplicada o mais breve possível, pois “o processo de substituição de sentenças havia tomado muito tempo”.⁴⁸⁸ Portanto, o cenário era outro, exigindo-se desde logo a adoção de medidas concretas. Foi proferida uma decisão estrutural para que a modificação das sentenças fosse supervisionada, com estipulação de prazos e fixação de quais informações teriam de ser reportadas ao tribunal.⁴⁸⁹

Também, Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell, ao tratarem da atuação jurisdicional estrutural, acentuam a distinção entre a tutela jurisdicional que se esgota na declaração ou constituição e a tutela de feição estrutural. Usam, para a última hipótese, a expressão “litígio institucional”, alertando que isso “não inclui todo litígio que envolve instituições. Por exemplo, casos que não vão além da discussão da constitucionalidade de um regime legal que governa instituições não devem ser caracterizados como institucionais”,⁴⁹⁰ embora algumas técnicas

⁴⁸⁵ MOREIRA, J. C. B. O poder da Suprema Corte Norte-Americana e suas limitações, ob. cit., p. 119.

⁴⁸⁶ 2005 (8) BCLR 812 (CC).

⁴⁸⁷ 1995 (3) SA 391 (CC).

⁴⁸⁸ No original: “The process of the substitution of sentences has taken far too long” (EBADOLAH, Mitra. Using structural interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. *New York University Law Review*, v. 83, p. 1.565-1.606, 2008, p. 1.594-1.595).

⁴⁸⁹ No original: “structural interdict to exercise supervisory jurisdiction over the sentence-conversion process” (Ibid., p. 1.595). Nas 12 semanas seguintes, os réus deveriam indicar à corte quais as medidas adotadas para revisar as sentenças, assim como as razões pelas quais alguma não tivesse sido modificada dentro do prazo (ROACH, K.; BUDLENDER, G. Mandatory relief and supervisory jurisdiction, ob. cit., 332-333). Entretanto, a substituição não terminou no prazo, v. MBAZIRA, C. *Litigating socio-economic rights in South Africa*, ob. cit., p. 204-205.

⁴⁹⁰ No original: “does not include all litigation involving institutions. For example, cases that do no more than address the constitutionality of a statutory scheme governing institutions should not be characterized as institutional” (EISENBERG, T.; YEAZELL, S. C. The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation, ob. cit., p. 468). A diferenciação se mantém ainda que o impacto do caso na instituição também seja grande. Ademais, pode acontecer de o caso posteriormente se tornar em um litígio institucional, se for necessária a participação do Judiciário na realização de modificações concretas (Ibid., p. 468, n. 7).

possam ser utilizadas nos dois contextos.⁴⁹¹ A diferença é que, nos casos em que somente se questiona a constitucionalidade de determinada norma ou conjunto normativo, “o papel da corte é limitado no sentido de que não há supervisão judicial contínua do remédio”.⁴⁹²

Portanto, não é sempre que, quando o Judiciário está lidando com um problema estrutural, será proferida uma decisão para que ele seja resolvido, de determinada maneira ou não, ou que as partes e outros atores utilizem o litígio como ambiente para negociações. Pode haver hipóteses em que basta uma decisão autossuficiente, porque o que se quer é mesmo, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. Mesmo quando se vise, ao menos indiretamente, a uma alteração concreta, pode também acontecer de ser proferida apenas uma declaração ou mesmo uma ordem não monitorada, por diferentes razões. Por exemplo, porque se compreende que é até onde é possível ir em determinado momento ou se imagina que daquela decisão vão decorrer as medidas concretas a seu tempo, sem necessidade de uma ordem direta ou supervisionada.⁴⁹³

Dessa maneira, conforme as circunstâncias fáticas, são diversas as estratégias possíveis. Nessa linha e considerando o amplo leque de possibilidade de correção das violações de direitos, pode pensar-se que, antes que defender uma forma específica de proteção judicial, o mais adequado seria utilizar a ideia de *open remedies*.⁴⁹⁴ Isso fica mais evidente no âmbito do controle de constitucionalidade, em que se cogitam diferentes técnicas que se distinguem de uma declaração ou invalidação pura e simples. Um exemplo disso é atrasar a invalidação da norma, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade, por meio da técnica da *suspended*

⁴⁹¹ Como a dos *amici curiae*. Sobre essa técnica, v. capítulo 5, item 5.1.2.1.

⁴⁹² No original: “the court’s role is limited in the sense that there is no continuing judicial supervision of remedy” (EISENBERG, T.; YEAZELL, S. C. *The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation*, ob. cit., p. 468).

⁴⁹³ A declaração pode funcionar como “duas chances” para que os responsáveis adotem as medidas que entenderem necessárias e adequadas; apenas uma chance teriam com a ordem estrutural, podendo ser imposto o respectivo cumprimento; no caso da declaração, é necessário ainda buscar a ordem, para, então, poder impô-la (v. ROACH, K.; BUDLENDER, G. *Mandatory relief and supervisory jurisdiction*, ob. cit., p. 346 e 348, baseando-se em Owen Fiss). Ainda: “A declaratory remedy is the gentlest way of dealing with positive duties: mandating (or in the case of DOIs [declarations of incompatibility], supporting) action, but not prescribing the form that the action ought to take, nor prescribing a timetable or reporting requirements” (SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 27).

⁴⁹⁴ “There are a range of remedies that courts have employed in human rights adjudication that declare an infringement of human rights norms, but leave the choice of means to address that infringement to non-judicial institutions” (SATHANAPALLY, A. **Beyond Disagreement**, ob. cit., p. 15). Ou: “a range of declaratory mechanisms by which courts communicate their conclusion that human rights have been violated but instead of devising an executory order or invalidating legislation, they invite the other branches of government to decide how to address the identified human rights problem” (Ibid., p. 3).

declaration of invalidity, “que reconhece a necessidade de ação governamental positiva para efetivar direitos e pode envolver a corte no exercício de uma espécie de supervisão”.⁴⁹⁵

Para Mariela Puga, as razões para a escolha do remédio são pragmáticas.⁴⁹⁶ Não destoando dessa linha, Kent Roach e Geoff Budlender lembram que a Corte Constitucional sul-africana já indicou que a adoção de provimentos estruturais deve se dar se “é necessário assegurar o cumprimento de uma ordem judicial”,⁴⁹⁷ o que parece confirmar que a resposta talvez seja realmente o emprego de hipóteses abertas, pois é difícil aprioristicamente estabelecer quando cada espécie de decisão será adequada. São as circunstâncias concretas que irão dizer.⁴⁹⁸

Ainda, aqueles autores assinalam que uma decisão estrutural pode inserir-se em um cenário em que: a) antecipadamente se sabe que não haverá cumprimento ou não seria adequado o tribunal supor que haveria cumprimento de pronto – por exemplo, porque há episódios anteriores que isso indicam; b) as consequências do descumprimento são graves o suficiente (podendo ser irreparáveis), ainda que o responsável pela adoção de medidas concretas esteja de boa-fé, de modo que o tribunal desde logo procura assegurar o seu cumprimento, supervisionando, isto é, não seria possível aguardar o descumprimento para então tomar medidas para efetivar a decisão; ou c) não é possível com nenhuma precisão saber o que precisa ser feito, lançando-se mão de uma ordem genérica, cabendo ao órgão responsável apresentar um plano ao tribunal ou ao menos dar publicidade ao que será implementado.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ No original: “the suspended declaration of invalidity is a novel remedy that recognizes the need for positive government action to enforce rights and can involve the court in the exercise of a form of supervisory”. (ROACH, K.; BUDLENDER, G. *Mandatory relief and supervisory jurisdiction*, ob. cit., p. 339). O atraso encontra respaldo, por exemplo, no Canadá e na África do Sul; outras formas de *open remedies* nesse sentido seriam – além dos julgamentos declaratórios em algumas circunstâncias – *legislative remand* nos EUA e *declarations of incompatibility* no Reino Unido, na Austrália e na Nova Zelândia (SATHANAPALLY, A. **Beyond Disagreement**, ob. cit., p. 15). Na linha de não trabalhar com uma implicação necessária entre declaração de inconstitucionalidade e invalidação da norma, há no Brasil as decisões de “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” (v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 1.311 e ss).

⁴⁹⁶ “La decisión de autorestricción remedial tiene que ver con un simple juicio práctico que se asienta en razones pragmáticas, que llevan a la convicción de que la solución no se encontrará de esa manera. Ese juicio práctico, como ya se dijo, es el eje de la decisión remedial” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 283). Puga exemplifica que se pode vislumbrar a falta de respaldo político para avançar, por exemplo (Ibid., p. 269). Ainda: “Different remedial routes may be appropriate in different circumstances [...]. In the final analysis, the test is one of effectiveness” (ROACH, K.; BUDLENDER, G. *Mandatory relief and supervisory jurisdiction*, ob. cit., p. 351).

⁴⁹⁷ No original: “it is necessary to secure compliance with a court order” (ROACH, K.; BUDLENDER, G. *Mandatory relief and supervisory jurisdiction*, ob. cit., p. 333).

⁴⁹⁸ “In general, courts should focus on the broad principles that guide the exercise of remedial discretion, and not attempt to construct rigid rules or categories for the exercise of such discretion.” (Ibid., p. 333, nota de rodapé omitida). E, veja-se, já se está acostumado com isso no processo. Por exemplo, com os requisitos para concessão de liminar, antecipatória ou cautelar, e para a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade nas ações de controle principal; são hipóteses em que a previsão é de critérios abertos, a serem preenchidos no caso concreto.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 333-335.

Diante disso, para saber a resposta judicial que deve ser conferida à situação concreta, apontam como critério o motivo pelo qual a atuação governamental estaria em desacordo com a Constituição (no caso do controle de constitucionalidade), que pode ser a inatenção, a incompetência e a intransigência.⁵⁰⁰ Conforme a causa, a atividade judicial pode colocar-se em um nível mais genérico, como no de uma declaração sem ordem acoplada, pode contar com o acompanhamento do cumprimento com a exigência de que se reportem no processo as medidas adotadas, com a anterior apresentação de um plano para aprovação judicial ou não, ou chegar a uma ordem detalhada.⁵⁰¹

Servem essas hipóteses para *ilustrar* que o grau de “intervenção” varia conforme a situação concreta, segundo as circunstâncias fáticas do caso. A opção por estender-se ou não a supervisão ou a verificação de ser suficiente uma declaração, sem mandamentalidade, se baseia, nesse contexto, em uma análise de se isso é efetivo para corrigir a situação de violação de direitos. Inclusive, fundado na experiência, isto é, em episódios anteriores, pode verificar-se se há uma dúvida razoável sobre se a transformação visada será ou não iniciada.

Diante desse leque de possibilidades, o que é aqui objeto de reflexão é, de todo modo, a hipótese da insuficiência das alternativas uma decisão declaratória ou constitutiva ou, até mesmo, de uma decisão de outra natureza, mas que não venha acoplada à supervisão judicial. Em outros termos, quando é necessário o prolongamento do processo para acompanhar a implementação da solução cogitada ao problema estrutural. É, para usar a expressão de uma das marcas das *structural injunctions* nos EUA, quando se faz necessário “*to retain jurisdiction*”. A partir daí, há diferentes possibilidades de como prosseguir, entre elas as já vistas da ordem detalhada, em um modelo de regulação centralizada, e, ganhando relevo e preferência, a da aproximação experimentalista – ou ao menos o emprego, ao máximo, de seus elementos (participação, resultados, flexibilidade e transparência).⁵⁰² Especialmente na última hipótese, em

⁵⁰⁰ “[...] when one is thinking about what remedy is appropriate, it may be helpful to explore the underlying reasons why governments have failed to respect constitutional rights”. (ROACH, K.; BUDLENDER, G. *Mandatory relief and supervisory jurisdiction*, ob. cit., p. 351).

⁵⁰¹ Ibid., p. 345-351. Na linha de análise comparativa, os parâmetros a serem adotados podem englobar uma hipótese de “capacidade institucional bloqueada”, ainda que, por exemplo, em abstrato se entenda que o Legislativo ou o Executivo tenham capacidade institucional, e não o Judiciário, para lidar com determinado problema. V. SATHANAPALLY, A. *Beyond Disagreement*, ob. cit., p. 27-28 (percebendo a necessidade de se ver com cautela o argumento de que o Legislativo tem melhores condições de resolver as violações de direito, atentando para o fato de a capacidade institucional ser relativa).

⁵⁰² “[...] no todos los casos que involucran a instituciones públicas reúnen las condiciones de incerteza remedial, bloqueo político e injusticia categorial que favorecen procesos de descentralización colaborativa. En condiciones diferentes, las intervenciones judiciales enfrentan complejidades remediales distintas, y a veces deben hacerlo en procesos altamente adversariales que no generan oportunidades de acuerdo. Las premisas pragmáticas para evaluar decisiones remediales serán, entonces, muy diferentes.” (PUGA, M. G. *Litigio Estructural*, ob. cit., p. 287).

tal prolongamento do processo, dá-se tanto a própria definição de como se procurará solucionar a violação de direitos, como a verificação do cumprimento e a possível (se não provável) reformulação do que foi inicialmente imaginado, na perspectiva do aprendizado a partir das novas informações obtidas com a experiência. Por outro lado, mesmo na linha centralizada, não necessariamente a ordem vem detalhada desde logo, tendendo a ocorrer “ciclos de decisões”, progressivamente detalhadas, inclusive corrigindo algum aspecto que se mostrou inadequado, se aceita a possibilidade de alteração.⁵⁰³

4.2.3 Elementos do processo coletivo-estrutural

Na primeira parte deste trabalho, foram vistas as características dos casos estruturais, quais sejam, causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação, que indicam o modo como devem ser compreendidos e o quanto se afastam dos litígios bipolarizados. Essas características têm reflexo nos elementos que se devem fazer presentes em um processo que se pretenda efetivo. Conformam, em maior ou menor extensão consoante a situação concreta, o processo coletivo-estrutural. Os elementos aqui são aqueles veiculados na proposta experimentalista, logo acima referidos: participação, resultados, flexibilidade e transparência.

4.2.3.1 Participação e negociação: construção interativa

Nos litígios estruturais, como ressalta Sérgio Arenhart, exige-se outra postura do juiz, de modo a ter “a criatividade necessária e o arrojo suficiente para sair do esquema ‘vencedor-

⁵⁰³ A possibilidade (ou tendência) de ciclos de decisões já foi mencionada no item 4.1.1, acima. V. n. 415. A propósito, acrescente-se ainda que, para Fiss, a adaptação da decisão conforme a experiência não seria algo presente somente em *structural injunctions* mais recentes, como defendem Sabel e Simon: “From the very beginning – and when I mean the beginning I am going back to 1950’s – from the very beginning, it was understood that when the court intervene by using the structural remedy that there will be a need and an almost constant need for revision and re-examination. When a judge entered the segregation order in 1960 against the New Orleans school system, it was understood that the judge would have to return time and time again to see how that decree was working. And, that in many instances, new orders would have to be entered called orders in supplemental relief, not contempt orders, but supplemental relief that would revise the original reorganization plan so that it would more fully approximate the ideals of the constitution. And what resulted, in almost every structural case that I know, is not a single order from High that lasted 20 or 30 years, but rather a series of orders, some more specific than others, some tougher than others, all of them being revised in the light of the experience and knowledge that we acquired over time.” (FISS, Owen M. Modelos de Adjudicação/Models of Adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, nov. 2005, p. 11).

perdedor”⁵⁰⁴. De fato, essa racionalidade de ganhador-perdedor é típica de um processo bipolarizado e muitas vezes marcado por alto grau de adversariedade, em que o que importa é justamente isto: ganhar, mesmo que a todo custo, ou, ao menos, ter a menor perda possível, com, por exemplo, o uso de estratégias protelatórias. Nos casos estruturais, a racionalidade tem de ser outra, e isso certamente não diz respeito somente ao juiz. O magistrado deve ter outra percepção do litígio, mas também os demais participantes, inclusive os advogados.⁵⁰⁵

Essa outra racionalidade põe também que o processo coletivo-estrutural não seja fechado, no sentido de que somente o autor e o réu – ou, no máximo, algum terceiro com uma relação dependente ou conexa – têm interesse juridicamente relevante para ser tutelado. Pelo contrário, é aberto, contando com ampla participação de diferentes interessados e negociação (diálogo) entre eles, voltado para a resolução do problema, ou seja, afastando-se de um modelo de embate adversarial entre os participantes, não objetivando, como dito, definir o “vencedor”. Os dois aspectos, participação e negociação, são trabalhados abaixo, separadamente.⁵⁰⁶

4.2.3.1.1 Participação ampla

Nos casos estruturais o que se tem, mais do que encontrar o que “está aí”, é uma construção e reconstrução do direito (e dos direitos). Trabalha-se muitas vezes com direitos que são normas abertas, não se sabendo de antemão o que eles significarão nas diferentes situações concretas. Tampouco, em tais litígios, ainda que já se esteja inserido num cenário concreto, sabe-se desde logo o que aquele direito significa, havendo disputas de significação e incertezas epistêmicas de como colocá-lo em prática diante do problema estrutural. Por trás da reivindicação que chega ao Judiciário como uma afirmada violação de direitos, tem-se, mais ainda, uma imbricação de interesses. Nada disso encontra lugar no processo bipolarizado.

A saída do paradigma vencedor-perdedor, nesse contexto, não apenas representa uma alteração da racionalidade, como também da própria configuração. A alteração se opera, basicamente, em duas dimensões: a coletivização das partes e a participação para além das “partes formais”. Ademais, o juiz também participa ativamente, isto é, abandona eventual papel

⁵⁰⁴ ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 22.

⁵⁰⁵ V. STURM, S. P. *Equality and the Forms of Justice*, ob. cit., p. 1.434-1.435.

⁵⁰⁶ Ainda, quanto à participação e à despolarização do processo, pensando-se nas técnicas processuais, v., abaixo, item 5.1.2.

passivo que ainda se entenda que possa desempenhar no processo individual ou coletivo bipolarizado.

Primeiro, tem-se que, dado o caráter coletivo da violação de direitos, as partes não são definidas, isto é, não são individualizadas. E essa transformação, percebida por Owen Fiss,⁵⁰⁷ não necessariamente se dá apenas na parte ativa, dos titulares ou titular do direito violado. É o que acontece nas violações estruturais dos direitos, em que concretamente são diversos os agentes passivos e ativos das condutas, mas é todo o conjunto que implica uma vulneração dos direitos. O infrator abstratiza-se e as partes afetadas são grupos, mais do que pessoas isoladas. Do ponto de vista processual, o que se terá é a coletivização da parte, especialmente dos titulares, quando não for o caso de o próprio titular do direito já ser concebido como uma coletividade, atuando em seu nome um legitimado coletivo. É o que acontece nas ditas ações coletivas ativas em geral, não apenas as de caráter estrutural. Em relação ao infrator, embora se torne uma abstração na perspectiva coletiva, também haverá formalmente uma representação, pelo ente ou entidade juridicamente responsável – pela pessoa jurídica, pública ou privada.⁵⁰⁸ Indo mais além, é possível pensar em uma coletivização passiva. Podem ser diversos aqueles que seriam responsáveis pela violação dos direitos e, não sendo viável a participação de todos, pode cogitar-se, aí, o uso de uma técnica de coletivização passiva do processo.⁵⁰⁹

A segunda dimensão diz respeito ao fato de que apenas essa coletivização não basta. Considerando o caráter policêntrico dos problemas estruturais, não é suficiente que apenas se considerem a vítima (ou determinada condição social⁵¹⁰) e o infrator coletivizados, justamente porque as situações apresentam uma imbricação de interesses, cuja alteração, com a inserção de novas “tensões”, pode ter consequências não necessariamente conhecidas ou conhecíveis. Essa situação leva à necessidade de ampliar a participação no processo, indo além do modelo tradicional da “intervenção de terceiros” com base na exigência do “interesse jurídico”, para uma adequada compreensão do próprio problema e a construção de uma solução factível, ainda que provisória.

A participação tem de ser ampla, possibilitando a presença de diferentes atores, espontaneamente ou provocados. Pode ter-se uma interação interinstitucional, dando abertura aos

⁵⁰⁷ V. parte I, capítulo 1, item 1.1.2.

⁵⁰⁸ Obviamente, não se descarta a participação de pessoa física – basta imaginar a hipótese de uma degradação ambiental em que um dos poluidores identificados seja uma pessoa física ou em que se queira responsabilizar também sócios da pessoa jurídica. Não obstante, trabalha-se aqui em termos gerias.

⁵⁰⁹ Vale anotar, porém, que, embora aqui se fale em sujeitos ativos ou passivos, isso não segue a bipolarização do processo tradicional, como se pretende deixar claro na sequência, v. item 5.1.2, abaixo.

⁵¹⁰ Que seria o foco para Fiss, v. parte I, capítulo 1, 1.1.2.

demais poderes, para que de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções. E isso não apenas com o envolvimento das autoridades que controlam as respectivas instituições, mas com diferentes órgãos públicos, também os ditos técnicos, para aumentar e aprimorar a informação disponível. Há também a participação da própria academia, por meio das universidades, auxiliando na coleta de dados ou na apresentação de estudos úteis às questões debatidas.⁵¹¹ A sociedade civil também tem o seu papel, abrindo-se espaço para sua participação por meio das diversas organizações, ainda que não tenham legitimidade para propor ação coletiva, podendo figurar no processo, por exemplo, como *amici curiae*. Igualmente, são viáveis figuras mistas, já existentes ou criadas em razão do litígio, como comissões para acompanhar a implementação, composta por diferentes agentes, estatais ou não.⁵¹²

É importante ampliar a participação não apenas para representar os diferentes interesses imbricados que estariam em disputa com o do grupo que tem o seu direito violado, mas também em relação ao grupo mesmo, trabalhando com a questão da representação adequada, em sentido amplo, dos interesses, pois não necessariamente (tampouco provavelmente) se estará lidando com um grupo homogêneo.⁵¹³ Questão semelhante pode surgir em relação à parte que é tida como aquela que viola os direitos.⁵¹⁴ Como se disse, há uma abstrativização e, por mais que no processo figure formalmente o ente ou entidade que é quem tem de responder juridicamente pela violação, não é por isso dispensável que interajam nesse cenário também os órgãos ou agentes envolvidos.⁵¹⁵ É interessante a abertura, porque estas outras figuras podem bloquear a implementação da decisão. Estes e outros, que do mesmo modo possam apresentar considerável

⁵¹¹ Esse tipo de participação aconteceu, por exemplo, no já mencionado caso argentino *Mendoza* e na ACP do Carvão. Sobre esses casos, v. n. 56, 139 e 142.

⁵¹² Além de encontros com funcionários públicos e organizações sociais, também poderiam cogitar-se os com representantes de “fuerzas políticas. Ellas, en el marco que aquí propongo, serían prácticas indagatorias necesarias para una eficaz evaluación de la factibilidad que podría alcanzar cierto remedio judicial” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 272, n. 197).

⁵¹³ V. FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 25-27.

⁵¹⁴ “The defendant, it must also be remembered, speaks not just for himself in any personalized sense, but for all occupants of the office, past and future; all the other offices within the hierarchy of the institution; and all those who stand outside the institution but who are nonetheless directly affected by any reorganization of the institution, including the taxpayers who finance it and those who depend on the institution to provide some vital service.” (Ibid., p. 25).

⁵¹⁵ Note-se que também no interior do ente ou entidade ré pode haver diversos interesses ou pontos de vista que não obrigatoriamente o expressado oficialmente, por meio do representante processual. Ademais, aqueles que estão “na base” podem possuir informações diferentes das que são oferecidas pelos porta-vozes.

resistência ou bloqueio à efetivação das soluções cogitadas, também são pessoas de interesse ao processo.⁵¹⁶

Assim, os diferentes participantes podem ser encarados como interessados, mas também como de interesse. Alguns deles evidenciam isso com maior facilidade, especialmente aqueles que sejam considerados “*experts*”, que possuem o, sempre invocado nessa seara, conhecimento técnico. Também aquelas pessoas que são afetadas pelo problema estrutural são úteis para a sua compreensão, trazendo narrativa própria a respeito dele, assim como relativamente à solução, além de razões de outra ordem que podem ensejar a necessidade de sua participação. Provavelmente, estas estão em melhores condições de conhecer as circunstâncias concretas e saber como seria preferível resolvê-la. Afasta-se, dessa forma, também, uma possível inclinação “paternalista”, seja do Judiciário, seja do Ministério Público ou de outro legitimado coletivo, especialmente quando não se trata de associação da sociedade civil, embora mesmo assim não seja desnecessário abrir a participação ao grupo por outros meios.⁵¹⁷

4.2.3.1.2 Negociação

As ações coletivas, especificamente na modalidade estrutural, abrem espaço, ainda mais com a proposta experimentalista, para tratamento do caso de forma interativa e dialogada e com a participação dos diferentes envolvidos no problema. Também com a daqueles não diretamente envolvidos, mas cuja participação é necessária para seu dimensionamento, bem como para a construção das possíveis respostas aos problemas estruturais.

Há, nesse sentido, a possibilidade de operar-se a descentralização da regulação, sem que a informação trazida pelos participantes o seja simplesmente para que o magistrado ou tribunal tome a decisão isoladamente, muitas vezes sem saber o que fazer com toda a informação ou sem

⁵¹⁶ A necessidade é percebida por STURM, S. P. *A Normative Theory of Public Law Remedies*, ob. cit., p. 1.433. Exemplificando como a resistência pode prejudicar a implementação da decisão, v., também, RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Beyond the Courtroom*, ob. cit., p. 1.689-1.691. Inclusive, afirma que, na prática, ordens detalhadas do modelo *top-down* alcançariam transformações muito menos ambiciosas do que as almejadas, “largely because of resistance from vested interests and because of the legal and technical limitations on courts’ abilities to deal with structural social problems” (Ibid., 1.690). Em razão desses obstáculos práticos, sugere a adoção de decisões dialógicas (Ibid., p. 1.693-1.697).

⁵¹⁷ Sobre a variedade de participantes que podem ser úteis à efetivação da decisão e proteção dos direitos em questão, Rodríguez-Garavito também anota: “In addition to the court and state agencies directly affected by the judgment, implementation involves victims whose rights have been violated, relevant civil-society organizations, international human rights agencies, and other actors whose participation is useful for the protection of the rights at issue, including grassroots organizations and academics.” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Beyond the Courtroom*, ob. cit., p. 1.692). Sobre os interessados, incluindo aqueles *de interesse*, v. PUGA, M. **La realización de derechos en casos estructurales**, ob. cit., p. 32, bem como o que foi dito sobre o experimentalismo no capítulo 4, item 4.1.2.

utilizá-la para fundamentar a decisão.⁵¹⁸ Sobretudo em razão dos efeitos da desestabilização da proposta experimentalista antes citados, mais especificamente dos relacionados ao “véu da ignorância”, ao *status quo* e à deliberação, colocando os que tomam parte da negociação em um cenário de incertezas – sem a presunção a favor do *status quo* e com abertura às alternativas, em detrimento do conforto da inércia institucional –, busca-se a criação de um ambiente que visa a facilitar o diálogo e a negociação, de forma continuada. A postura do magistrado, igualmente, pode contribuir ou não para a formação desse ambiente. Contribuirá, por exemplo, com a indicação de um facilitador ou mediador. Ademais, a própria possibilidade de que ele venha a tomar uma decisão, caso não se chegue a algum acordo, pode em certas situações funcionar como um incentivo para que os participantes deliberem e negociem;⁵¹⁹ para um réu que não estava disposto, mas percebe que a decisão judicial pode ser-lhe ainda mais desfavorável, ao menos em termos de diminuição de autonomia.

Não obstante, nem sempre é viável um acordo entre os interessados ou, ainda que haja, uma concordância de todos em relação a tudo. Por um lado, é possível fazer a diferenciação entre não haver reconhecimento pelos alegados violadores dos direitos, desde logo, quanto à imputação de responsabilidade e, posteriormente, existir maior diálogo e negociação na fase de fixação de parâmetros e medidas a serem adotados para alterar a situação concreta. Nesse sentido, pode ser proferida uma decisão judicial fixando a responsabilidade, que *desestabiliza* o arranjo atual das coisas, partindo-se para a negociação, já que assente a necessidade de que algo seja feito e que o seja por determinados sujeitos ou organizações, e traçando-se o que o direito violado concretamente significará e como será realizado.

Por outro, a participação, mesmo nas hipóteses em que não há concordância em relação a todas as questões, é importante, pois traz mais material e informações para servir de base para a decisão judicial, além da possibilidade de que o magistrado parta de pontos em relação aos quais houve acordo.⁵²⁰ Isso é possível, pois não se trata de mera negociação-barganha, mas de uma

⁵¹⁸ “Not all forms of public participation or ‘engagement’ have this decentralized character. Sometimes such efforts are designed simply to produce information” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.027, n. 36). Deve anotar-se, ainda, que a problemática relacionada à decisão judicial proferida de maneira isolada e à participação e à influência das partes é mais ampla que o processo coletivo-estrutural. Sobre o contraditório como influência reflexiva, ligado à colaboração e à boa-fé, v. CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Civil**: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, capítulos III e IV. Aqui, porém, não se pretende adentrar a discussão mais ampla.

⁵¹⁹ STURM, S. P. A Normative Theory of Public Law Remedies, ob. cit., p. 1.437-1.438.

⁵²⁰ Ibid., p. 1.431 (exemplifica com as seguintes possibilidades: “If the parties are unable to reach consensus through the deliberative process, they submit to the court a document setting forth the areas in which they have reached agreement, the information gathered in the course of the deliberations, the minutes of the deliberations, and the areas in which agreement has not been reached. The participants may also present the court with separate factual

negociação que conta com publicidade e transparência, tendo os envolvidos de indicar as suas razões, em vez de tentar simplesmente sobrepor um interesse a outro.⁵²¹

4.2.3.1.3 Coerção?

Falar em participação e negociação leva a questionar o papel da coerção no contexto estrutural, ainda mais se se trabalha com *structural injunctions*, com ordens, ou seja, decisões dotadas de mandamentalidade.⁵²²

Na linha do que vem sendo traçado, é possível afirmar que, “em áreas de incerteza e complexidade normativa e ‘remedial’, a função das normas jurídicas judicialmente articuladas não é a de estabelecer definições precisas dos limites de condutas aceitáveis que, se violados, acarretam sanções. Em vez disso, a função judicial é a de induzir – e criar ocasião para – a investigação e o solucionamento normativamente motivados, executados por não juristas, em resposta a condições e práticas problemáticas.”⁵²³

Owen Fiss, conforme antes anotado, reconhece que no contexto estrutural as *injunctions* não são tanto um ato de coerção, como se houvesse um comando a ser obedecido, mas uma indicação de que a instituição social será reconstruída sob a direção ou administração do juiz, e administradores têm em primeiro lugar de induzir a colaboração, deixando a coerção como última medida. À luz da experiência estadunidense, constata que o usual é que o juiz, proferindo a decisão, não a acople ao *contempt of court* desde logo, dando ensejo a eventual provocação para que seja proferida uma decisão suplementar. Aliás, não apenas uma. O ciclo acaba repetindo-se, com diferentes decisões suplementares, especificando cada vez mais o que deve ser

submissions, arguments, and proposed remedial solutions. The court then holds formal hearings on the disputes aspects of the remedy, rules on the adequacy of any agreements produced through the deliberative process, and formulates a remedy for the remaining areas, based on the information produces through the deliberations, the articulated view of participants, and any additional information deemed necessary.”).

⁵²¹ V. Ibid., p. 1.430 e 1.431, n. 401. V., ainda, n. 107 e 289, acima, sobre a ideia de negociação aqui empregada, que se afasta de barganha.

⁵²² V. ARENHART, Sérgio Cruz. **A Doutrina Brasileira da Multa Coercitiva**: Três Questões ainda Polêmicas. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 10 jun. 2011, item 2; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judicial. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, p. 23-34, 2002, p. 32-33.

⁵²³ No original: “In areas of normative and remedial uncertainty and complexity, the function of judicially articulated legal norms is not to establish precise definitions boundaries of acceptable conduct which, if violated, warrant sanction. Instead, the judicial function is to prompt – and create occasion for – normatively motivated inquiry and remediation by non-legal actors in response to signals of problematic conditions and practice.” (STURM, S. P. Equality and the Forms of Justice, ob. cit., p. 67).

feito. Somente depois de vários ciclos é que seria possível o uso da coerção – somente aí é que as sanções por *contempt* se tornariam alternativas realistas.⁵²⁴

Pode compreender-se que esse gradualismo decorre de considerações políticas, objetivando-se construir aos poucos um amplo apoio popular, mas, para Fiss, é, antes, uma implicação da incerteza que circunda os objetivos almejados (por exemplo, o que seria um sistema educacional unitário?) ou da incompletude do conhecimento ou habilidade para reformar as instituições.⁵²⁵ Não há como, de uma hora para outra ou em quaisquer circunstâncias, operar reformas estruturais. É, no mínimo, difícil saber desde logo exatamente aonde se quer chegar (havendo apenas um objetivo abstrato) ou qual o melhor caminho (ou, ao menos, há um ponto a partir do qual os custos para sabê-lo tornam a continuidade da investigação inviável).

Se uma ordem genérica é proferida, liminarmente ou em sentença, e um meio coercitivo é empregado, é provável que tenha mais um caráter simbólico e que seja, posteriormente, de difícil aplicação, em razão da amplitude da determinação. Ademais, lançar mão desde logo do instrumental coercitivo, ainda que acabe sendo simbólico, pode desfavorecer o ambiente propício à colaboração e à negociação.⁵²⁶ O emprego imediato, não raras vezes, tem por base ainda o paradigma da culpabilização, na lógica de impor sanções aos “culpados”, ainda mais se, além de já terem violado direitos, não tomarem as medidas para cessar e corrigir a violação, na pressuposição, possivelmente, de que o problema derivaria simplesmente da “má vontade” do réu em adequar sua conduta ao direito.⁵²⁷ Nesse sentido, Eduardo Costa observa que, além da multa coercitiva, outros mecanismos também se mostram inapropriados, por exemplo, para o campo das políticas públicas, como “a responsabilização por improbidade administrativa, a intervenção em Estado e Município e a responsabilização criminal”.⁵²⁸

⁵²⁴ FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 36-37.

⁵²⁵ Ibid., p. 36 (“The gradualism stems from the very nature of the remedial enterprise”).

⁵²⁶ “Punitive sanctions are difficult to calibrate, and there are many doctrinal and political obstacles to applying them. Moreover, they deter the cooperation and information-sharing among stakeholders upon which the rolling-rule regime depends.” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. *Destabilization rights*, ob. cit., 1.073, nota de rodapé omitida). Ademais, não é absurdo cogitar, por exemplo, que a fixação de um prazo para cumprimento da decisão sob pena de multa pode ainda incentivar a litigiosidade, especialmente com a interposição de inúmero recursos até chegar ao STF, desviando o foco dos esforços.

⁵²⁷ “Es importante advertir que un marco de responsabilidad no inculpatória como el que se presentó en el caso *Verbitsky*, supone también otra circunstancia crucial para el experimentalismo: que el gobierno que se hizo responsable ante los jueces no es ni negligente, ni ignorante. En otras palabras, no sólo no provocó las fallas que sufren hoy las cárceles de Buenos Aires, sino que ‘no podría’ solucionarla. La remediación institucional se presenta entonces como un desafío epistémico, y no como un acto de fuerza dirigido a la rectificación de la acción o negligencia gubernamental.” (PUGA, M. G. **Litigio Estructural**, ob. cit., p. 281).

⁵²⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo. **Revista de Processo**, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012, p. 37.

Em termos gerais, portanto, se se pretende ampliar a participação e estimular a negociação, a multa ou outros mecanismos coercitivos não parecem ser a técnica processual mais adequada para alcançar tais finalidades. É possível, porém, pensar em ao menos duas hipóteses de emprego. Uma é a de obrigações específicas, cujo cumprimento ou não seria viável de ser controlado. Outra é, não necessariamente desconectada da primeira, quando na própria negociação são estipuladas as consequências para hipóteses de descumprimento determinadas. Isso ocorreu na já mencionada ACP do Carvão,⁵²⁹ em que há multas coercitivas pactuadas entre o Ministério Público Federal e empresas que têm de recuperar danos ambientais, por exemplo.

Esse caso estrutural, aliás, traz outros dois aspectos interessantes sobre os meios coercitivos, pois a multa foi utilizada de forma criativa, além de eventualmente contar com maior flexibilidade. Quanto a serem mais flexíveis, veja-se que, também por meio de negociação, já se possibilitou o parcelamento do valor da multa,⁵³⁰ o que não é absurdo se for considerado que a efetivação do pagamento de uma única vez pode prejudicar o próprio cumprimento. Em relação à criatividade, parte do valor arrecadado com a imposição de multas foi utilizada no próprio empreendimento de recuperação da área degradada.⁵³¹ Por exemplo, houve recursos destinados à feitura do *site* que dá publicidade ao caso,⁵³² a projetos de pesquisa⁵³³ e a um aplicativo de monitoramento⁵³⁴. O uso criativo da multa não é exclusividade desse processo ou do Brasil. De forma semelhante, quanto às *structural injunctions* estadunidenses, lembra Doug Rendleman que, em um caso na Pensilvânia (EUA), os réus não queriam pagar pelos *masters* designados, diante do que o juiz utilizou, para tanto, uma parcela do valor de uma multa aplicada.⁵³⁵

Como se pode ver, o que acontece é que também aqui não há uma receita mágica para saber onde e quando é necessário empregar mecanismos coercitivos.⁵³⁶ Quando viáveis, podem

⁵²⁹ Para identificação e informações do caso, v. n. 139 e 142, acima.

⁵³⁰ Isso aconteceu, por exemplo, em relação à Carbonífera Criciúma S.A. (Cumprimento de Sentença n.º 2008.72.04.002973-0/JFSC).

⁵³¹ Confira-se a tabela dos valores obtidos e despendidos disponível em:

<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/multas_aplicadas/multas_aplicadas.php>.

⁵³² V. n. 142, acima.

⁵³³ Cumprimento de Sentença n.º 2000.72.04.002543-9/JFSC. Cf. decisão a respeito disponível em:

<http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=5704738&DocComposto=&Sequencia=&hash=1925d2f398dee76ab95c0a7b9d6ef5e7>.

⁵³⁴ Idem. Cf. decisão a respeito disponível em:

<http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=5781693&DocComposto=&Sequencia=&hash=72e990c146bebdfe5927c74fbc6ef60>.

⁵³⁵ RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 541-542. (*Halderman v. Pennhurst State School and Hospital*).

⁵³⁶ E mesmo a proposta experimentalista “does not provide determinate guidance on the question of sanctions. It pins its hopes largely on the effects of transparency. By exposing poor performance as clearly as possible, it opens

ser uma ferramenta importante para efetivar alguma etapa da reforma estrutural e contribuir para com a transformação do *status quo*.

4.2.3.2 Desestabilização e foco nos resultados

Os casos estruturais têm, conforme visto,⁵³⁷ como uma de suas marcas a prospectividade. A racionalidade é outra. Não está voltada para o passado para que se verifique se determinada conduta foi praticada e, em caso positivo, aplicar uma sanção ao infrator. A situação é muito mais complexa, e é apenas olhando pra frente que se conseguirá caminhar. Na conformação do processo, portanto, não poderia ser outra a perspectiva. O foco está na solução dos problemas, não em encontrar os “culpados”.⁵³⁸ O que se opera é uma desestabilização da instituição que não tem funcionado adequadamente, para que então seja construída uma resposta (provisória). Isso faz com que se mirem os resultados, procurando amparo na factibilidade. Nesse sentido é que a proposta experimentalista vê como mais frutífera a indicação dos *outputs* a serem alcançados, ficando aberta a definição dos meios para tanto, já que inúmeros ou até inicialmente desconhecidos. Esses objetivos ou resultados são também amplos, conferindo flexibilidade ao *processo de solucionamento* do problema.

Em tal contexto, o processo coletivo-estrutural não aguarda ansiosamente a sentença. Não é ela o momento em que “se diz o direito”. A sentença não é final nem o fim. Seguindo o que já foi indicado, pode haver duas situações, ao menos. Uma em que há uma sentença sem maiores discussões, servindo aí realmente apenas como ponto de partida (ou mesmo uma liminar para iniciar a “desestabilização”). Outra, com prévia discussão (com ou sem liminar em seu decorrer), com amplo debate sobre os próprios *standards* a serem observados. A primeira decisão será desestabilizadora e tendencialmente genérica. Depois vem a definição, não necessariamente judicial, do que deve ser alcançado ou, eventualmente, tem de ser feito para alterar o *status quo* de violação de direitos.

the system to general scrutiny and exposes it more readily to nonjudicial intervention.” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.073).

⁵³⁷ V. parte I, capítulo 1, item 1.2.

⁵³⁸ O seguinte trecho pode ser esclarecedor da diferença entre as perspectivas: “The difference between ‘root cause analysis’ and typical common law liability analysis is revealing. The latter stops when it finds blameworthiness, and it usually measures blameworthiness by departure from established norms. On the other hand, root cause analysis is primarily concerned with how the norms could be improved. Moreover, when root cause analysis discovers violations of established norms, it doesn’t stop. It goes on to consider whether the violations are symptomatic of some background condition that might be improved. Operator negligence, for example, might be a symptom of deficient training, or workplace distractions, or excessively long shifts.” (SIMON, W. H. Toyota Jurisprudence, ob. cit., p. 25-26).

Ademais, a decisão propulsora primeira não precisa ser no mesmo processo. Pode imaginar-se uma hipótese relativa à reforma do sistema carcerário. Se o STF, por exemplo, em um recurso extraordinário, entender que é inconstitucional e que cabe ao Judiciário participar da resolução desse problema, isso pode desencadear uma série de processos que contarão com esse “pontapé inicial”, indicando a responsabilidade das autoridades, a serem definidas concretamente, e a necessidade de se esforçarem para superar as condições degradantes a que se submetem os presos.

Em uma e outra possibilidade, a tendência é a de que haja aquele *ciclo* de decisões referido por Fiss, ou “provimentos em cascata”⁵³⁹. Conforme o problema vai apresentando-se e as soluções vão sendo testadas, de modo experimental, é possível readequar os passos seguintes.⁵⁴⁰ É preciso, então, um processo que saiba trabalhar com a eficiência, viabilizando o alcance desses resultados e a própria verificação de se foram ou não alcançados. Também internamente, dada a complexidade dos casos, tem de ser eficiente, sob pena de ele mesmo tornar-se tão complexo a ponto de não chegar a lugar nenhum.

4.2.3.3 Flexibilidade: aprendendo com os “erros e acertos”

Esse processo contínuo, por ser experimental, exige flexibilidade. Sem esta não é possível que o processo de aprendizagem com a experiência ocorra. Esse elemento, fundamental como os demais, já foi reconhecido, por exemplo, pela Corte Constitucional da África do Sul. Em uma das decisões do caso *Sibiya*, acima referido,⁵⁴¹ o tribunal concluiu, entre outros aspectos, que se deveria lançar mão da flexibilidade na supervisão da efetivação de decisões estruturais.⁵⁴²

⁵³⁹ ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 12.

⁵⁴⁰ “If the court does find a constitutional violation, that finding is typically only a prelude to a drawn-out and complex process of devising a decree directing the defendants to reform their institution and practices” (FLETCHER, W. A. *The discretionary constitution*, ob. cit., p. 638, nota de rodapé omitida).

⁵⁴¹ Para dados do caso, v. n. 486-489, acima, e a nota abaixo.

⁵⁴² Conforme lembra MBAZIRA, C. **Litigating socio-economic rights in South Africa**, ob. cit., p. 206. O autor refere-se à decisão de 30 de novembro de 2006, disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/22.html>>. Em 2005, a Corte havia decidido que deveriam ser apresentadas diversas informações, especialmente a respeito das sentenças de pena de morte que já teriam sido substituídas, bem como as razões pelas quais outras condenações não teriam sido modificadas até então. O prazo para cumprimento não foi observando, tendo os réus requerido prorrogação, o que foi acolhido. Confirmam-se as decisões, disponíveis em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/6.html>> e <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/16.pdf>>.

Essa flexibilidade não apenas tem reflexo no plano substancial, ao abrir espaço à revisão da própria ideia que se tinha, no início, a respeito dos resultados ou do significado, no caso concreto, dos direitos violados. Guarda relação, também, considerando a complexidade e o desafio epistêmico que os litígios estruturais apresentam, com o desenho e com a configuração do próprio procedimento. Para abarcar situações concretas que exigem revisibilidade, responsividade, ajustabilidade – enfim, uma (re)construção constante –, conforme salientado na primeira parte deste trabalho, é totalmente inviável o emprego de um procedimento rígido ou moldado por institutos (dogmas?) de um processo pensado para ser estático e para ter o seu julgamento perpetuado com a coisa julgada. É o caso do princípio da demanda (e correlatos) e da estabilização do objeto do processo. Ademais, o conhecimento do problema é gradual e não cabe em um processo que não apenas é contemplado por um procedimento rígido, mas também que tem fases bem delineadas (uma de conhecimento e outra de execução). Exige-se um leque de técnicas processuais que permitam conferir essa flexibilidade ao processo, inclusive no que tange à cognição e à execução.

4.2.3.4 Transparência

Como já percebido por Francisco Verbic, “as complexas arestas sociais, políticas e econômicas que são apresentadas nos processos coletivos [...] exigem um mecanismo de discussão rodeado por mais transparência, publicidade e por certas garantias que permitam solucionar o conflito sem violar o devido processo legal em relação às pessoas envolvidas”.⁵⁴³ A proposta experimentalista também indica, como uma das marcas de sua abordagem, a transparência, abrindo à participação e ao mesmo tempo conferindo publicidade ao problema. Não apenas devem ser publicizados os resultados a serem alcançados, como também os critérios que serão utilizados para avaliar o alcance destes e o procedimento avaliativo.

Apenas com o que é público é possível ver o que foi feito e aprender com aquilo que não deu certo. É com informação que se consegue saber aonde se está indo, assim como aonde quer-se ou é possível chegar.

Por outro lado, isso gera *accountability* dos envolvidos. Pela magnitude dos casos estruturais e porque se trata de um processo coletivo, que funciona com mecanismos de

⁵⁴³ No original: “Las complejas aristas sociales, políticas y económicas que presentan los procesos colectivos [...] exigen un mecanismo de discusión rodeado de mayor transparencia, publicidad y ciertos reaseguros que permitan solucionar el conflicto sin vulnerar la garantía de debido proceso legal de las personas involucradas” (VERBIC, F. El remedio estructural de la causa “Mendoza”, ob. cit., p. 282).

representação, sem a participação direta de todos os interessados ou afetados, é importante que haja *feedback* e controle de tal representação. Participar do processo também implica responsabilidade. Assim, até para garantir-se que todos os interesses sejam adequadamente representados, é necessário que o processo seja o mais transparente possível.

Nessa linha, por exemplo, é inadmissível que processos coletivos tramitem em “segredo de justiça”, inviabilizando que se tome conhecimento do que nele está sendo discutido e decidido. E isso não é apenas uma hipótese. Tem-se em Curitiba, por exemplo, uma ação civil pública que trata de um problema estrutural, a falta de vagas para crianças em creches e escolas, mas o processo não é de acesso público.⁵⁴⁴

O máximo que se pode ter de restrição da publicidade, ao que parece, é conferir sigilo para alguns documentos ou informações.⁵⁴⁵ Por exemplo, para tutela dos interesses de crianças individualmente identificadas, ou mesmo para proteção de empresas em possíveis casos de concorrência desleal. Excetuadas as situações excepcionais, um processo coletivo que tramita em “segredo de justiça” não se coaduna com os traços que a resolução de problemas estruturais exige.

Não somente o “segredo de justiça” é inviável, com as ressalvas pontuais para a garantia de outros direitos fundamentais (não todo o processo), como é preciso ir além da publicidade conferida pela consulta processual. São necessárias a utilização e a criação de mecanismos que possibilitem a maior expansão da publicidade do processo. Não basta, nesse sentido, haver a possibilidade de o andamento processual ser consultado na internet ou os autos serem acessíveis, em cartório, secretaria ou plataforma eletrônica. Deve ser publicizada a existência do processo, bem como o que nele é debatido e decidido ou acordado. Podem ser úteis, para isso, campanhas

⁵⁴⁴ ACP n.º 001064681.2014.8.16.0188, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, 2.ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Em liminar no primeiro grau havia sido determinada a criação de 9.696 vagas até o final de 2015, com cominação de multa diária no valor de R\$ 10 mil. A decisão, porém, foi suspensa pelo TJ/PR. É ao menos a informação que se tem da Gazeta do Povo, cf.: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1495071&tit=Justica-determina-a-criacao-de-96-mil-vagas-em-creches-de-Curitiba->>; <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1504603>>. A petição inicial está disponível em: <http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/modelos/acp_vagas_educacao_infantil.pdf>. Essa não é a única ação civil pública envolvendo a problemática das vagas a que se atribui “segredo de justiça”. Em São Paulo, duas ACPs tratando da falta de vagas em creches da capital tramitam com tal sigilo, embora, em grau de recurso, o TJ/SP tenha realizado audiências públicas (informação disponível igualmente em notícias; v., p. e: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19624>> e <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>>). São as ACPs n.ºs 002.08.150735-6 e 002.08.600075-8, Vara da Infância e da Juventude, Foro Regional II, Santo Amaro. Não obstante, no site de uma das entidades autoras, algumas peças processuais estão disponíveis: <<http://www.acaoeducativa.org.br/index.php/todas-noticias/2385>>.

⁵⁴⁵ Com o processo eletrônico é, mais ainda, viável a utilização de ferramentas para conferir sigilo parcial.

de divulgação, com cooperação de órgãos públicos e entidades privadas, e a criação de *websites* específicos, como aconteceu na ACP do Carvão e no caso argentino *Mendoza*,⁵⁴⁶ além de audiência públicas periódicas ou para publicizar e debater questões determinadas.⁵⁴⁷

4.3 Dos elementos às técnicas processuais

Foram cogitadas algumas hipóteses de uso do processo coletivo-estrutural e exemplos já foram mencionados ao longo dos capítulos. São, porém, apenas algumas possibilidades, que demandam atenção e reflexão específicas, conforme o direito material em jogo e outras circunstâncias concretas. A incompletude reforça a necessidade de serem indicadas técnicas processuais e possíveis estratégias, não simplesmente um modelo fechado e rígido, que seria natimorto, certamente.

No desenho dessas técnicas será importante a metodologia pragmática, com preocupação em construir um processo coletivo-estrutural *funcional*, não mais uma relíquia para se colecionar. As técnicas, portanto, podem ter previsão legal específica, em parte ou integralmente, podem ser cogitadas por analogia, por conjunção de previsões ou, por fim, terem sua utilização proposta por imperativo da operatividade do processo e da prestação jurisdicional, incluindo algumas já utilizadas na prática judiciária, embora “sem respaldo legal”.⁵⁴⁸

O que importa perceber é que “[e]ngana-se quem imagina que o procedimento, apenas por também ser visto como uma sequência de atos, não tem finalidade e não se destina a atender a objetivos e a necessidades específicas”.⁵⁴⁹ Descuidar do procedimento é também descuidar do processo, assim como, em última análise, da prestação da tutela jurisdicional. Tal prestação depende do processo e o processo depende do procedimento, isto é, de um conjunto de técnicas processuais. Tudo o que foi dito até aqui precisa desse conjunto, e não propriamente de um procedimento rígido, para ser operado e ter operabilidade. Os capítulos que seguem representam uma tentativa nesse sentido.

⁵⁴⁶ Com o endereço dos sítios eletrônicos criados para esses litígios, v. n. 56 e 142, acima.

⁵⁴⁷ São técnicas exemplificativas. Especificamente quanto às audiências, mais será visto no capítulo 5, item 5.2.3.

⁵⁴⁸ “Toda solução processual criativa, que não encontra base explícita em regras ou conceitos do sistema, forjada com base em dados da experiência e visando a atingir determinado resultado prático de melhoria da prestação jurisdicional, é pragmática.” (ATAÍDE JR., V. de. P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., p. 132).

⁵⁴⁹ V. MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 411.

CAPÍTULO 5

FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E GERENCIAMENTO PROCEDIMENTAL:

Muito além do “processo de conhecimento”

Como alerta Owen Fiss, com as *structural injunctions*, “a demanda material não nos levou a ignorar valores processuais, mas sim a analisá-los mais minuciosamente”.⁵⁵⁰ É tendo isso em vista que o processo deve ser repensado. Não para afastar as garantias processuais, mas para, com respeito a elas, fazê-lo compatível com os litígios estruturais, que não se encaixam no processo civil clássico, estruturado para conflitos individuais e bipolarizados. O material com que a atividade jurisdicional está envolvida não são fatos isolados ou consolidados, que possam ser, numa análise retrospectiva, verificados dentro do esquema procedimental a que se está acostumado. Esta é uma oportunidade para, na famosa reivindicação de Ovídio Baptista da Silva,⁵⁵¹ arquivar como “curiosidade histórica” o “processo de conhecimento”, imprestável para esses problemas altamente complexos.⁵⁵²

Repensar o processo civil para que o Judiciário aprimore sua capacidade institucional passa por dois planos. Pela reflexão sobre diferentes institutos processuais, bem como, não necessariamente desconectado daquele, pela renovação ou uso renovado das diferentes técnicas processuais, para o delineamento dinâmico e casuístico do procedimento a ser seguido. Nem tudo é visto neste trabalho – e não teria como sê-lo. No presente capítulo, no intento de dar ao menos um pontapé inicial ao abandono do “processo de conhecimento”, são tratados dois aspectos.

Primeiro, a necessidade de que haja flexibilização processual, já que a dinamicidade dos casos estruturais não combina com rigidez, incluindo-se aí (i) a maleabilidade da demanda, relacionada às questões da coletivização, do delineamento da demanda pelo autor ao propô-la, da estabilidade a ela atribuída no processo tradicional e da sua correspondência com a sentença; e

⁵⁵⁰ No original: “The substantive claim did not cause us to ignore procedural values, but rather to look at them with greater scrutiny” (FISS, O. M. **The civil rights injunction**, ob. cit., p. 16).

⁵⁵¹ SILVA, O. A. B. da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, ob. cit., p. 196.

⁵⁵² “What would, in fact, provoke a genuine crisis of legitimacy would be to insist on procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today” (FISS, O. M. **The Forms of Justice**, ob. cit., p. 36).

(ii) a multipolaridade processual (despolarização do processo), contemplando a ampliação dos sujeitos processuais e uma possível “transpolaridade”.

Em segundo momento, não sem ligação com o aspecto anterior, é trabalhado o gerenciamento procedimental, com apresentação de técnicas para tornar *operável* o processo coletivo-estrutural. É fundamental equipar o juiz, as partes e os demais envolvidos no processo com diversas técnicas processuais que viabilizem o trato da complexidade, sob pena de o próprio processo tornar-se tão complexo e, assim, disfuncional, que estará distante a possibilidade de prestação de tutela jurisdicional adequada. É preciso, portanto, um equilíbrio, para não resultar no mesmo erro que o uso do processo tradicional nesse campo: a inefetividade.

5.1 Flexibilização processual

Considerar a possibilidade de outro processo passa por diferentes institutos processuais. Nesse sentido, a reflexão aqui feita relaciona-se especialmente com o da demanda (e problemáticas conexas, especialmente a sua estabilidade e a adstrição da sentença a ela) e com a questão das partes (*versus* terceiros) e da correlata bipolaridade clássica.

Chiovenda já conceituava que a demanda, de modo geral, “é o ato com o qual a parte (autor), afirmando a existência de uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara a vontade de que seja atuada em face da outra parte (réu) e invoca, para êsse fim, a autoridade do órgão jurisdicional”.⁵⁵³ A partir desse trecho, é possível verificar a relação entre demanda e partes. Será parte aquele que demanda – ou em nome de quem o é –, assim como em face de quem é demandada tal atuação.⁵⁵⁴ São essas as posições fundamentais do processo; autor e réu. Ainda que haja uma pluralidade de partes, os sujeitos ativo ou passivo de uma demanda ocupam uma dessas posições.⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶

Os casos estruturais não se encaixam nessa bipolarização. Tampouco no esquema da demanda compreendida de modo estático, a que tem de corresponder a sentença: o juiz não pode

⁵⁵³ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 157.

⁵⁵⁴ Ibid., v. 2, p. 234.

⁵⁵⁵ Ibid., v. 2, p. 235-236.

⁵⁵⁶ Não se ignoram aqui os diferentes conceitos de parte. Não obstante, neste trabalho, entende-se que parte “no processo é quem pede e contra quem se pede tutela jurisdicional”, sendo que pode adquirir tal condição “por força da propositura da ação, pela sucessão processual (art. 108 e ss [do CPC/15]) ou pela intervenção de terceiros em um processo já pendente – afora o assistente simples e o *amicus curiae*, os demais terceiros intervenientes adquirem a qualidade de parte no processo de que passam a participar” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**, ob. cit., v. 2, p. 78).

ir além nem ficar aquém da demanda apresentada pelo autor, o que inclui a vedação de que decida o que diz respeito a terceiro, já que isso também não faria parte da demanda.

5.1.1 Maleabilidade da demanda

Inicialmente, cabe verificar os reflexos que a construção de um processo coletivo-estrutural tem em relação à demanda. Poderia ser questionada desde logo a adequação ou utilidade do emprego da ideia de *demand*, que é do processo individual, em outros campos. Não obstante, na falta de uma construção própria para o campo estrutural ou mesmo para o campo coletivo em geral, continuará a ser aqui empregada, ainda que não apresente contornos tão definidos. Não é raro que se tenha apenas uma *noção* do que se pede e de quais seriam as causas do que é pedido. Essa é a dificuldade básica que se põe ao emprego do instituto.

É corrente a compreensão de que o “princípio da demanda” é elemento fundamental do processo civil e, ligado à inércia, seria até mesmo da essência da jurisdição: “Se a jurisdição não atua, a não ser quando estimulada, o estímulo em questão exerce função considerável, determinando quando e a que respeito atuará o Estado, em sua função jurisdicional”.⁵⁵⁷ A ideia não deixa de ser privatista e individualista em sua base, já que a necessidade de o juiz estar adstrito à demanda para atuar tem como um de seus fundamentos a caracterização dos direitos como privados e disponíveis, de modo que, em razão de tal disponibilidade, não poderia haver interferência na autonomia do autor, que já delimita na demanda até onde *quer*⁵⁵⁸ que a jurisdição vá.⁵⁵⁹

Nesse sentido, proposta a demanda, ela determina o objeto do processo, opera-se a estabilização, não podendo nem um nem outro sujeito alterá-la. Mesmo os fatos novos devem ligar-se à mesma causa de pedir,⁵⁶⁰ ou seja, à mesma demanda.⁵⁶¹ Embora a estabilidade do

⁵⁵⁷ ARENHART, S. C. **Reflexões sobre o princípio da demanda**, ob. cit., p. 1 (o trecho transcrito reflete a opinião corrente, que é questionada no artigo).

⁵⁵⁸ A demanda é tida como uma declaração de vontade, também em relação à alegação (e assim à negação) dos fatos – v. CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 157; Ibid., v. 2, p. 297 (afirmando que a demanda é ato por meio da qual o autor “declara a vontade de que” ou “declara querer que” a vontade concreta da lei seja atuada); CAPPELLETTI, Mauro. **El testimonio de la parte en el sistema de la oralidade**: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. La Plata: Librería Editora Platense, 2002, p. 47 e ss.

⁵⁵⁹ Conforme lembra ARENHART, S. C. **Reflexões sobre o princípio da demanda**, ob. cit., p. 2-3.

⁵⁶⁰ Por exemplo, STJ, REsp 1.109.048/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/11/2010, DJe 14/12/2010.

⁵⁶¹ O raciocínio se consolida com o saneamento do processo: “Art. 264. [...] Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”, lembrando que o réu, ainda, está sujeito ao conhecido princípio da eventualidade, devendo apresentar todas as suas defesas no momento da contestação. Inclusive, se quiser ampliar o objeto do processo com uma nova demanda (p. e., reconvenção), há

objeto do processo, com o emprego da técnica da preclusão, procure também concretizar a garantia da duração razoável,⁵⁶² essa é uma visão estática e não obrigatoriamente tem de (ou pode) ser assim.

É necessária a inversão da lógica segundo a qual o objeto do processo é conhecido, como regra, desde logo.⁵⁶³ A lógica invertida seria um objeto do processo verificável apenas *a posteriori*, após a discussão entre as partes e demais interessados, como reflexo de que a petição inicial apenas traz um “esboço da demanda” (da causa de pedir e do pedido e talvez, até mesmo, de quem seriam aqueles responsáveis pela violação de direitos).⁵⁶⁴ É uma visão mais ajustada à dinâmica e à dinamicidade dos litígios estruturais. Isso, certamente, tem reflexos naquilo que vem atrelado ao princípio da demanda. Tem repercussão sobre a regra da correlação entre demanda e sentença, até porque essa congruência depende de o pedido ser certo e determinado, como regra. Igualmente, tem relação com uma causa de pedir que pode ser delineada pelo autor, além de pressupor um esgotamento da cognição com a sentença.⁵⁶⁵

5.1.1.1 Necessidade de coletivização

Já foi afirmado na primeira parte deste trabalho que os problemas estruturais devem ser tratados em juízo não como casos bipolares (no formato individual ou coletivo ainda inserido na mesma lógica), mas como casos estruturais, a fim de possibilitar uma melhor compreensão de sua complexidade. Todavia, mais algumas considerações devem ser feitas para reforçar a necessidade de pensá-los como litígios estruturais.

momento próprio para isso. É a ideia geral (v. art. 321, também do CPC/73). No CPC/15, a estabilização é mantida: “Art. 329. O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.”

⁵⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

⁵⁶³ Poderia, ainda, ser cogitada a hipótese de ampliação do objeto do processo com a ação declaratória incidental ou com a apresentação de reconvenção. De todo modo, são também demandas e que assim, de modo claro e apriorístico, isto é, antes de se desenvolver a instrução e haver o julgamento a respeito, farão parte do objeto do processo (prefixado em relação a essas etapas).

⁵⁶⁴ O contraste com o processo tradicional é evidente: “Em toda ação pode-se identificar os sujeitos que litigam, o motivo ou causa por que se litiga e o resultado que se pretende obter, o objetivo que é perseguido com o ajuizamento da ação. Esses três elementos são denominados de sujeitos (partes), causa de pedir (título, fundamento ou *causa petendi*) e o pedido (objeto)” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 270 a 331. V. III**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 157).

⁵⁶⁵ Essa questão já foi de certo modo referida no capítulo anterior, no sentido de que a sentença, não raro, será somente o pontapé inicial, e a problemática será mais especificamente trabalhada no capítulo 6, que trata da cisão conhecimento-execução no processo.

É possível traçar uma diferenciação entre inviabilidade e inadequação da via individual, especificamente levando em conta a titularidade do direito que se alega estruturalmente violado. Se tratar-se de um direito “essencialmente” coletivo, tem-se a hipótese de que o caminho individual é desde logo *inviável*, pois apenas por meio do processo coletivo é que se pode buscar a respectiva tutela. Por outro lado, quando o direito é individual, mas a violação mostra-se estrutural e a carga policêntrica é tanta que não se deve tratar a questão individualmente, o processo individual é *inadequado*. Ainda, é possível pensar em situações em que a violação é de ambas as espécies de direitos, tampouco sendo a adequada a cisão do tratamento.⁵⁶⁶

Em relação à inadequação da via individual, estão entre as hipóteses problemas estruturais envolvendo saúde e educação, por exemplo, como reivindicações de direitos fundamentais em face do Estado. São conhecidas as demandas individuais para obtenção de medicamento ou tratamento médico, assim como, talvez não com a mesma frequência, de vagas em creches ou escolas. Na via individual é comum a procedência, enquanto em ações coletivas a prudência do magistrado parece ser maior, como mencionado no capítulo 2,⁵⁶⁷ muito provavelmente em razão de que se visualizam com maior amplitude a complexidade da questão e os possíveis impactos da decisão.⁵⁶⁸

Quanto ao direito à educação, pensando em ações ajuizadas para conseguir vagas em creches ou escolas públicas, poderia ser cogitado que a situação é um pouco diversa se o juiz “apenas” determina que alguém seja matriculado e possa frequentar o estabelecimento educacional, isto é, não haveria maiores gastos, pois “já está aí funcionando”. O raciocínio não procede, ao menos por duas razões. Primeiro, tem-se que o fato de a escola ou creche já estar em funcionamento não significa que não haverá impactos com a matrícula de mais crianças. A

⁵⁶⁶ Ainda, convém anotar que, usando outro critério, há hipóteses em que o processo individual é também inviável para a tutela de direitos individuais. Basta imaginar uma situação em que o benefício seria muito menor do que os custos para obtenção da tutela jurisdicional, sendo impraticável ajuizar uma demanda individual. É o que acontece com os danos de pequena monta que muitas vezes atingem centenas ou milhares de pessoas, como com a cobrança indevida de alguns centavos ou poucos reais em faturas telefônicas ou descontos de tais quantias em contas bancárias. Nesse cenário, as ações coletivas colocam-se como instrumento viabilizador do próprio acesso à justiça.

⁵⁶⁷ V. item 2.1.3.

⁵⁶⁸ V., a propósito, a Suspensão de Liminar n.º 256 (STF, Min. Gilmar Mendes, j. em 22/04/2010, DJe 29/04/2010), suspendendo a decisão proferida em ação civil pública na parte que visava à tutela *coletiva*, mas garantindo a tutela de indivíduos *pessoalmente identificados*, assim como a de outros que eventualmente viessem a sê-lo. Também, no Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, conforme indicado na ementa do julgado: “As ações civis públicas ajuizadas com o objetivo de condenar os entes públicos ao fornecimento de medicamentos somente produzem efeitos em relação aos pacientes paradigmas. Nos casos de fornecimento de medicamentos, é imperativa comprovação da negativa de fornecimento pelo Poder Público e da necessidade da medicação para tratamento do paciente, impossível de se constatar em relação a todos os pacientes acometidos da doença.” (Apelação/Reexame Necessário n.º 5002903-16.2011.404.7201/SC, Quarta Turma, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, j. 16/10/2012).

remuneração dos professores certamente não aumentará por haver mais um aluno, mas os gastos não se resumem a isso. O aumento do número de estudantes implica a necessidade de diversas outras despesas (uma evidente e imediata é com a própria alimentação), e, se não há desde logo aumento dos recursos para tanto (mas mais gente), isso pode, então, diminuir a quantidade em relação a cada um dos alunos (menos comida para cada um, por exemplo).

É claro que, se pensar-se em apenas uma criança, o impacto para o orçamento (ou para o próprio funcionamento adequado) do estabelecimento educacional pode não ser significativo, mas esse é justamente o problema com a análise fragmentada (individual). E se for determinada a matrícula de duas crianças? E de três? E de dez? E de quarenta? Nessa situação, qual o máximo de alunos por sala? Para além de o que pode ser recomendado do ponto de vista pedagógico, há limites impostos pela própria física. E, ainda, é aceitável que os alunos passem a receber metade ou menos até da merenda que recebiam?

No próprio plano material, que pode ser o que define o tratamento adequado (não apenas por economia processual, mas por ver-se que não são “simples direitos subjetivos”), a abordagem individual já é reconhecida como problemática. No âmbito do direito constitucional, por exemplo, defende-se a ação coletiva como mecanismo mais idôneo para tutelar direitos sociais e econômicos.⁵⁶⁹ E essa necessidade, já reconhecida por quem pensa esses direitos desde o ponto de vista material, *não pode ser ignorada pelo direito processual*. Isso não quer dizer, porém, que a ação individual não possa ser o caminho adequado em determinadas situações,⁵⁷⁰ mas há questões que precisam ser discutidas e resolvidas coletivamente.

É conhecido o problema do “conceitualismo disfuncional” da diferenciação entre direitos difusos e coletivos em sentido estrito,⁵⁷¹ sendo suficiente pensar apenas em direito de titularidade coletiva, seja ou não essa coletividade individual determinável (se toda a coletividade ou se o grupo *x* ou *y*), ao menos para fins processuais. A previsão de uma hipótese intermediária, entre o difuso e o individual, parece útil justamente para casos em que o direito é de titularidade individual, mas o tratamento *precisa* ser coletivo, e não somente por uma questão de isonomia ou

⁵⁶⁹ P. e., SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais, ob. cit., p. 36; SILVA, V. A. da. O Judiciário e as políticas públicas, ob. cit., p. 596. Aliás, na literatura estrangeira, o Brasil é utilizado como exemplo do impacto negativo que pode ter o tratamento individual, especialmente invocando-se a tutela do direito à saúde por meio de ações individuais. Citando o Brasil, v., p. e., BILCHITZ, David. Judicial remedies and socio-economic rights: A response to Christopher Mbazira. **ESR Review**, v. 9, n. 1, p. 9-12, mar. 2008, p. 11; LANDAU, D. The Reality of Social Rights Enforcement, ob. cit., parte III, A.

⁵⁷⁰ V. SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais, ob. cit., p. 37.

⁵⁷¹ V. VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, ob. cit., p. 84 e ss.

economia processual. A isonomia também tem espaço, mas não na mesma extensão de quando se fala que pode ser alcançada com a tutela coletiva de “direitos individuais homogêneos”.

Não é simplesmente para que todos aqueles que têm direito a determinado bem possam consegui-lo conjuntamente – diferentemente do que aconteceria se o tratamento fosse individual, ensejando a existência de inúmeras decisões, não necessariamente nem provavelmente no mesmo sentido. A isonomia na hipótese em que se *precisa* tratar coletivamente coloca-se no sentido de que o reconhecimento do direito de um *afeta o do outro* (ainda que não juridicamente), sendo necessário então coletivizar para que aquela se dê no próprio tratamento ou consideração, não simplesmente no resultado. É uma igualdade de oportunidade para que os interesses dos diferentes sujeitos sejam considerados em conjunto, para que nenhum daqueles seja mutilado sem ser levado em conta. A policentria inviabiliza o tratamento individual. A hipótese aproxima-se de um dos tipos de *class action*, da *Rule 23(b)(1)(B)* das *Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos*,⁵⁷² espécie que sequer admite o *opt out*, isto é, o indivíduo não pode optar por não ficar vinculado à decisão coletiva, em razão da imprestabilidade da via individual para preservar o direito dos demais titulares.⁵⁷³

A ação coletiva é, assim, o local apropriado para lidar com os problemas coletivos (os estruturais, no que interessa a este trabalho). Se a fragmentação em diversas demandas individuais não traz uma tutela jurisdicional efetiva do ponto de vista geral, é necessário destacar, por fim, que tampouco é adequado que uma decisão proferida em processo individual procure dar tutela de tal magnitude, ou seja, que em um processo individual se pretenda dar enfoque coletivo à questão, proferindo-se uma decisão que determine a reforma estrutural por meio da qual seria possível a tutela daquele direito individual. A reforma deve ser resultado de uma ação coletiva (desse modo ajuizada ou posteriormente coletivizada), em um processo conformado para lidar com problemas policêntricos e complexos – enfim, com os litígios estruturais.

⁵⁷² “Rule 23. Class Actions. [...] (b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests”. V. MENDES, A. G. de C. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**, ob. cit., p. 84-85. É o que acontece se as pretensões individuais têm ligação com um fundo comum.

⁵⁷³ E parece ainda mais interessante pela elasticidade, pois engloba a proteção fática (poderia ser vislumbrado até um “interesse econômico”), na medida em que, mesmo que se reconheça o direito individual, ele faticamente não poderá ser protegido (pense-se no uso de todo o dinheiro de um fundo comum para satisfação de apenas um dos créditos – não haverá como satisfazer outro, ainda que no processo individual haja uma condenação, por exemplo).

Exemplificando para aclarar este último argumento, embora não se trate especificamente de uma decisão que pretendesse modificar diretamente práticas e dinâmicas do réu, isto é, operar uma reforma estrutural, veja-se a Reclamação 12.062, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça no fim de 2014, pelo rito do art. 543-C do CPC/73, a respeito da condenação do réu ao pagamento de indenização por *dano social* em processo individual.⁵⁷⁴

Uma condenação coletiva inserida numa discussão *individual* mostra-se problemática, no mínimo ferindo o contraditório,⁵⁷⁵ além de poder representar uma decisão isolada do juiz, o que vai contra à ampla participação necessária no debate de problemas coletivos. Ainda, em termos gerais, a conduta que dá ensejo a uma demanda individual pode dizer respeito a um problema estrutural, e não levá-lo em conta pode ser em si um problema.⁵⁷⁶

Primeiramente, como indicado no primeiro capítulo, o caminho para construir uma possível solução não é a culpabilização, o que já não se alinharia tanto com a ideia de um dano social de caráter eventualmente punitivo, mas a questão não se põe aqui, na utilização daquele exemplo, como tão relevante. O que é válido destacar é que, mesmo que em um processo coletivo a questão da responsabilidade civil (e as diferentes espécies de danos) possa ser também levada em consideração, nele se lida com o todo, de modo que não se tem uma consequência isolada, advinda de uma discussão individual e que não necessariamente engloba os diferentes interesses envolvidos – ainda que, em tal cenário, possa o juiz ter vislumbrado o caráter coletivo da violação de direitos.

Mais acertada parece a coletivização.

5.1.1.2 Possíveis técnicas de coletivização

Diante desse panorama, chega-se ao questionamento de quais seriam técnicas processuais possíveis para realizar essa coletivização. Atualmente, não há previsão normativa que contemple especificamente a coletivização de demanda para conformação de casos estruturais (ou mesmo casos coletivos em geral). Em termos gerais, porém, a inexistência de previsão legal de determinada técnica não significa que não possa ser utilizada. O mais básico é pensar no uso de

⁵⁷⁴ STJ, Rcl 12.062/GO, Segunda Seção, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12/11/2014, DJe 20/11/2014. Não necessariamente o dano social está ligado a um problema estrutural, mas o julgado serve de ilustração.

⁵⁷⁵ Na referida reclamação, porém, entendeu-se que teriam sido violados o princípio da demanda e a correlação entre esta e a sentença.

⁵⁷⁶ Aqui se fala genericamente, isto é, não querendo dizer que no exemplo trazido o problema seja estrutural nem se seria ou não devida a reparação do dano.

técnicas processuais por analogia,⁵⁷⁷ quando previstas para outras situações e inexistentes técnicas processuais adequadas para a que está em debate, inexistência esta que se dá em prejuízo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que impõe a confecção, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, de técnicas processuais adequadas.⁵⁷⁸ Ainda, é possível lançar mão de soluções processuais criativas à luz da experiência no enfrentamento de determinadas dificuldades, visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional, na linha pragmática adotada.⁵⁷⁹ Veja-se também que os próprios tribunais têm usado técnicas processuais não previstas ou não previstas para a situação em que é utilizada, com o fim, ao menos em tese e ainda que parcialmente, de coletivizar o debate. Um exemplo interessante nesse sentido, sem adentrar questionamentos específicos, é a mencionada Reclamação 12.062/GO (STJ).

A decisão objeto da reclamação era originária de uma turma recursal de juizado especial, decisão esta contra a qual, como se sabe, não cabe recurso especial.⁵⁸⁰ Não obstante, a Resolução n.º 12/2009 do STJ prevê a possibilidade de propositura de reclamação para “dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil”. Um primeiro ponto é que a Corte também admite reclamação quando a decisão for “teratológica” ou “manifestamente ilegal”, tendo entendido enquadrar-se na primeira hipótese a Reclamação 12.062/GO. Ademais, no caso, admitiu-se, após requerimento, a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN como *amicus curiae*. Além de requerer sua participação, a FEBRABAN também visava à extensão da liminar de suspensão da condenação relativa a dano social para outros casos concretos em que instituições financeiras também tivessem sido condenadas ao pagamento de indenização por aquele tipo de lesão em processo individual em trâmite em juizados especiais, o que foi deferido.⁵⁸¹ Por fim, ainda foi conferida, à reclamação, tramitação pelo procedimento do art. 543-C do CPC/73, servindo de “caso paradigma” para uniformizar o entendimento sobre a questão levantada.

Nesse sentido, parece possível a utilização criativa de diferentes técnicas processuais tendentes à coletivização, mais ainda quando para proteção de direitos fundamentais, de outros

⁵⁷⁷ Art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942). O dispositivo faz referência a que “o juiz decidirá o caso”, se omissa a lei, conforme a analogia, parecendo indicar para a aplicação quanto ao direito material, mas também é empregável no direito processual. Igualmente, art. 126 do CPC/73.

⁵⁷⁸ Sobre tal imposição, v. MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., v. 1, p. 119.

⁵⁷⁹ ATAÍDE JR., V. de P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., p. 132.

⁵⁸⁰ Art. 105, III, da Constituição.

⁵⁸¹ Por provocação de um terceiro, frise-se.

interesses que não simplesmente da FEBRABAN – ou de seus integrantes. Também, a criatividade tem de ser possível não somente para lidar com o que já foi levado ao Judiciário (isto é, com processos já em curso), no intuito (muitas vezes exclusivo) de “desabarrotar” os escaninhos judiciais, físicos ou eletrônicos. Os mecanismos de coletivização têm de ser usados, é claro, para trazer eficiência à prestação jurisdicional, porque sem eficiência é difícil chegar à efetividade,⁵⁸² mas aquela não é sua finalidade última. O que se deve ter em mente é a tutela dos direitos. Com esse propósito, são mais efetivas ações coletivas, inclusive coletivizadas, do que mecanismos de coletivização que só lidam com processos já instaurados ou que pressupõem a necessidade de que, para aplicação do entendimento coletivo, haja a instauração, especialmente na forma individual.⁵⁸³ É preciso pensar não apenas na economia processual, mas também no equilíbrio das partes e especialmente no acesso à justiça e na isonomia entre os diversos titulares dos direitos (incluindo, portanto, aqueles que encontram barreiras de acesso), além de possibilitar uma ampla participação desde o início e uma representação adequada.⁵⁸⁴

Mais ainda, é necessário mencionar outros dois *recursos repetitivos* apreciados pelo STJ, relativos especificamente à suspensão dos processos individuais quando ajuizada ação coletiva sobre a mesma matéria. São os Recursos Especiais 1.110.549/RS e 1.353.801/RS. Dois, para afastar qualquer dúvida, firmando-se a tese de que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. Entendeu-se que não há violação dos arts. 103 e 104 do CDC, mas harmonização destes com a sistemática do art. 543-C do CPC/73, tendente à coletivização.

Em extensão, é possível pensar na própria coletivização de demandas individuais, especialmente levando em consideração os litígios estruturais, cuja problemática deixa evidente

⁵⁸² Sobre a relação entre proteção coletiva de interesses de massa e eficiência da administração da justiça, com base na proporcionalidade panprocessual, v. ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., *passim*.

⁵⁸³ Tanto é que, por isso, o procedimento do art. 543-C do CPC/73 – ou mesmo o “incidente de resolução de demandas repetitivas” previsto no CPC/15 – não substitui as ações coletivas. Inclusive do ponto de vista da eficiência da prestação jurisdicional, que decorreria da utilização de mecanismos desse tipo. Realmente, quando se exige que o interessado vá a juízo para ter seu direito tutelado, disso não resulta a diminuição do número de demandas, mas o seu aumento (Ibid., p. 20).

⁵⁸⁴ Com a escolha de um ou alguns recursos individuais para serem representativos de controvérsia, pode ser, por um lado, posta em xeque a sua representatividade e, por outro, haver um desequilíbrio entre as partes, o que seria mais controlável em uma ação coletiva. Ademais, a própria participação no âmbito, por exemplo, do julgamento no STJ pode ser questionada, seja porque nem sempre ocorre, seja porque fica restrita à manifestação escrita antes do julgamento. Não necessariamente há uma discussão coletiva. Poderia ser argumentado que essas questões se aplicariam ao processo coletivo, e de fato pode isso acontecer. Não obstante, o que se defende aqui é justamente a necessidade de um outro processo, que não seja um processo coletivo bipolarizado. Com critérios de escolha do caso paradigma em mecanismos de coletivização em tribunal, v., p. e., CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, n. 39, p. 201-223, mai. 2014.

a necessidade de tratamento coletivo, sob pena de não alcançar-se uma solução pensada à luz da complexidade do problema e que, assim, seja factível. Certamente, a coletivização também pode apresentar dificuldades. Por exemplo, no âmbito dos processos coletivos em geral, é fundamental que haja publicidade das ações coletivas propostas ou convertidas, incluindo nisso um cadastro nacional e unificado delas.⁵⁸⁵ Ou, ainda, pode ser questionado quando operá-la e em relação a que caso exatamente. Porém, são desafios que se colocam, *não impedimentos*, muitos deles com respostas verificáveis apenas casuisticamente.

Uma das técnicas possíveis, portanto, inserida no contexto de coletivizar o tratamento das questões que transcendem o caso individual, colocando-se como uma solução processual ao problema de tratar individualmente o que não pode assim sê-lo, é a coletivização operada *no interior de um processo já instaurado*, iniciado por provocação individual. Isso pode acontecer para a proteção dos diferentes direitos afetados pelo problema policêntrico, com a construção do caso estrutural conjuntamente em juízo, para a possibilitar a efetiva tutela, seja por economia processual, seja porque a consideração em apartado (fragmentada) pode prejudicar o resultado final. Também não se exclui a possibilidade de que a demanda seja ajuizada como coletiva, mas o problema exija uma ampliação da discussão, dilatando-se a coletização já existente.

Ademais, pode ser necessária a coletivização passiva. Uma hipótese de ação coletiva passiva envolvendo um problema estrutural é a desocupação de imóveis ligada a conflitos coletivos de terra.⁵⁸⁶ Caso assim não seja desde o início, pode cogitar-se a posterior inclusão da coletividade no polo passivo, convocando o(s) representante(s) dos interesses envolvidos. Essa é também uma situação em que a coletivização é necessária para a própria viabilidade do tratamento judicial da questão, pois a participação pessoal de todos os supostos violadores da posse ou mesmo do direito de propriedade tornaria o processo impraticável.⁵⁸⁷

Em termos gerais, a coletivização pode ser provocada pelas partes ou por terceiros que que intentem participar do processo de algum modo, assim como por iniciativa do próprio magistrado, que pode, a partir de sua experiência com outras causas e do material produzido no

⁵⁸⁵ V. ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 257-258; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 187.

⁵⁸⁶ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 203-204.

⁵⁸⁷ Se não há como exigir que todos os ocupantes sejam identificados e pessoalmente citados, “muito menos teria sentido em exigir-se, ou pretender-se, que essa multidão possa comparecer em juízo para defender-se. Isso porque o tumulto gerado com essas defesas individuais de cada um dos requeridos tornaria absolutamente inviável a sequência do processo e da solução da lide” (Ibid., p. 238).

processo, vislumbrar a necessidade de coletivizar.⁵⁸⁸ Se considerar-se possível de ofício a provocação da coletivização, não há razão para realizar uma restrição no sentido de que aqueles terceiros precisem ser legitimados para propor ação coletiva, embora possa ser interessante que o sejam. A ideia não é uma “coletivização automática”, de modo que aquele que provocou passe invariavelmente a atuar em nome do grupo cujos interesses são afetados pelo problema estrutural. Provocada a coletivização, o juiz deve intimar os legitimados para que se manifestem a respeito do emprego da técnica e da dimensão coletiva do problema.

Para viabilizar o uso dessa técnica, é possível a aplicação intraprocessual do art. 7.º da Lei da Ação Civil Pública. O dispositivo indica que, “se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. Na hipótese em que é necessário que o problema seja enfrentado como caso estrutural, o dever do juiz não seria apenas de remeter documentação para o Ministério Público, mas provocá-lo, assim como outros legitimados que potencialmente também teriam interesse em propor a respectiva ação coletiva, para que falem no próprio processo.⁵⁸⁹ A norma da remessa pode ter aplicação em situações em que é necessária maior investigação para vislumbrar a repercussão ou dimensão coletiva, suspeitando o juiz quanto a isso. Porém, considerando as notas dos problemas estruturais, complexos e com um grau de policentria que torna inadequado o tratamento individualizado, por ser inefetivo ou até produzir graves impactos negativos, o juiz tem de iniciar, ainda que provocado, a verificação da viabilidade de coletivizar o litígio no próprio processo.

Quanto à coletivização passiva, a ressalva que deve ser feita é a de que a legitimação para figurar como parte do processo não se compatibiliza, ao menos não integralmente, com os legitimados coletivos previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, de modo que podem ser chamados outros representantes dos interesses, como alguns integrantes do grupo.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ Nessa linha, é possível pensar na reunião de processos individuais com o fim de consolidá-los, coletivizando-os, ou na coletivização de um ou alguns, o que, como ação coletiva (“macro-lide”), implica a suspensão dos processos individuais. Ainda, sobre a suspensividade, v. *Ibid.*, p. 262-267.

⁵⁸⁹ Em relação aos legitimados que têm de receber essa comunicação, o CPC/15 é mais abrangente: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: “X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

⁵⁹⁰ “[...] a solução da legitimação é dada pela experiência jurisprudencial. Mais uma vez, não há sentido em recorrer-se à legitimação extraordinária previstas pelas leis que regulam a tutela coletiva [...], especialmente porque tais foram pensadas para a representação da coletividade *no polo ativo* da demanda. Aqueles preceitos dificilmente se harmonizam com as características da representação passiva, especialmente porque muitos ali legitimados têm

Nessa “certificação”, sem excluir outras possibilidades procedimentais, tem-se a intimação dos legitimados (se ou que não tiverem provocado a coletivização), a manifestação das partes e demais eventuais interessados e a decisão do juiz sobre a configuração do caso como estrutural, recebendo o processo, na hipótese afirmativa, o tratamento de coletivo-estrutural.

Além dessa “coletivização por dentro” vista até aqui,⁵⁹¹ há a possibilidade de uma “coletivização por fora”, a qual se opera em razão do ajuizamento de uma ação coletiva. Poderia ser questionado a utilidade dessa hipótese, haja vista que a ação coletiva já nasce, como evidenciado pela nomenclatura, *coletiva*. Todavia, para além da mencionada hipótese em que pode ser necessária uma ampliação da discussão já trazida como coletiva, esse tipo de coletivização é interessante para que a propositura da ação coletiva, assentada na conexão entre causas, viabilize a formação do caso estrutural por mais de um processo. Isso pode ser preciso, por exemplo, em relação a processos individuais entre concedente e concessionário. Se a questão envolver o valor da tarifa ou a qualidade do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a decisão terá repercussão sobre a coletividade usuária do serviço. Caso não operada a coletivização por dentro, sendo a questão comum e sendo inadequada a fragmentação do tratamento, pode ser proposta uma ação coletiva, que, com tramitação conjunta, passa a integrar o litígio estrutural.

5.1.1.3 Plasticidade da demanda

Já se falou sobre o “princípio da demanda” e a dificuldade que há no seu emprego no processo coletivo-estrutural. A dificuldade coloca-se, basicamente, em dois aspectos, relacionados entre si.

Primeiramente, não há simplesmente como delineá-la desde logo. O legitimado coletivo (originário ou mesmo na hipótese de coletivização), em regra, não sabe os exatos contornos do problema estrutural que se procura solucionar. Isso afeta a delimitação da demanda, e quanto aos seus três elementos (partes, causa de pedir e pedido). Em relação ao primeiro, por exemplo, pode ocorrer que não seja possível indicar todos os responsáveis pela violação dos direitos.⁵⁹² Quanto à causa de pedir, obstáculos também se põem, na medida em que no seu sentido clássico ela

pouca ou nenhuma ligação com os grupos que poderiam estar sujeitos a demandas coletivas passivas” (ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 237).

⁵⁹¹ Com ou sem a reunião de causas (v. n. 588, acima).

⁵⁹² Como visto que ocorreu no caso argentino *Mendoza*, em que na petição inicial se ressaltou a possibilidade de haver outros agentes causadores da degradação ambiental que precisassem figurar como réus (v. n. 58, acima).

trabalha com fatos específicos e identificáveis.⁵⁹³ Tampouco é sempre possível formular pedido “certo e determinado” (art. 286 do CPC/73).⁵⁹⁴ O próprio código apresenta hipóteses em que o pedido pode ser genérico, entre elas “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito”.⁵⁹⁵ Não obstante, a abertura trata especialmente demanda indenizatória em que não é possível quantificar os danos desde logo, e, mesmo que se pudesse cogitar sua aplicação, a causa de pedir permanece encontrando obstáculos para ser predefinida. Nos litígios estruturais, de modo geral, a causa de pedir é construída ao longo do processo, não somente aperfeiçoada.⁵⁹⁶

O segundo aspecto da dificuldade é que não há como a demanda ganhar a estabilidade a ela atribuída no processo tradicional, estabilidade esta que pressupõe que possa ser definida. Uma demanda genérica, na compreensão tradicional implicaria a impossibilidade de o juiz apreciar o mérito ou, se não for esse o caso, a improcedência, por, por exemplo, imaginar-se que o impacto do acolhimento de um pedido genérico ou muito abrangente seria demasiadamente gravoso para o réu.

Nesse último sentido, na Suspensão de Liminar n.º 256, decidida pelo Min. Gilmar Mendes como presidente do STF, em 2010, foi determinada a suspensão parcial da decisão antecipatória proferida em ação civil pública, especificamente na parte “**em que se determinou genericamente a concessão de custeio das despesas** de transporte, alimentação e hospedagem, para fins de tratamento fora do domicílio, a todos os usuários do SUS da Comarca de

⁵⁹³ Por exemplo, conforme Chiovenda, a causa seria formada pela afirmação de: (i) uma relação jurídica; (ii) um fato particular que no âmbito de tal relação origine o direito invocado; e (iii) fato do qual decorre o interesse de agir (CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 358-359), lembrando que aqui interesse de agir não é uma daquelas condições da ação da teoria de Liebman, pois a sua existência e das demais condições da ação implica, para Chiovenda, julgamento de procedência, não apenas a análise do mérito. Diante disso, é de questionar-se: onde está o fato particular nos casos estruturais (ou ao menos um conjunto de fatos particulares identificáveis)? Também, Pontes de Miranda anotou que “a *causa petendi* supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar”, acrescentando que, “[n]a exposição da *causa petendi* há que estar a afirmação: de relação jurídica; da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subentende hoje em dia” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo. IV. São Paulo: Editora Forense, 1974, p. 14-15). Qual, nos casos estruturais, é fato ou a série de fatos desde logo identificável que se enquadra no suporte fático da norma de juridiciza o fato?

⁵⁹⁴ Arts. 322 e 324 do CPC/15, em que se substitui “de modo definitivo” por “desde logo”.

⁵⁹⁵ Inciso II, com redação dada pela Lei 5.925, de 1º/10/1973. Art. 342, § 1.º, do CPC/15.

⁵⁹⁶ Até se poderia imaginar que haveria um simples aperfeiçoamento dos fatos narrados, e, considerando que “[i]nexiste alteração da causa de pedir se o demandante, ao longo do processo, limita-se a aperfeiçoar a narrativa de circunstâncias não essenciais, atribui às suas alegações de fato qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída (sem a efetiva alteração do fato constitutivo), alega norma jurídica diversa da invocada inicialmente (desde que ambas levem ao mesmo efeito jurídico) ou efetua mera correção de erros materiais” (MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil**, ob. cit., p. 253), não haveria tanto distanciamento do processo tradicional. Não obstante, em grande parte dos casos será difícil conceber que somente haja um aperfeiçoamento.

Araguaína/TO, **exigindo-se, para tanto, apenas a** comprovação da necessidade do referido benefício”.⁵⁹⁷ Como consignado na decisão, tende-se a considerar que o emprego de “determinações genéricas, sem delimitar, por exemplo, quais seriam os beneficiários daquela decisão, que tipo de tratamento, de medicamento ou de política deve se adotar [...], em princípio, poderia acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas”. Essa compreensão foi adotada também na sentença, proferida em dezembro de 2014.⁵⁹⁸ Entendeu-se que acolher o pedido genérico de fornecimento de tratamento fora de domicílio – TDC significaria que qualquer um poderia recebê-lo, sem critérios precisos e análise da necessidade de cada paciente.⁵⁹⁹

Diferentemente, sem aqui analisar o problema que se procurava resolver nesse caso,⁶⁰⁰ é necessário compreender que eventual determinação genérica, em liminar ou sentença, é apenas o pontapé inicial, com a função mais de “desestabilizar”, como visto,⁶⁰¹ do que a de ser comando que deve incidir infalivelmente, com a ameaça de coerção.

Outro ponto interessante é que, se, por um lado, é inadequado como regra exigir que a demanda seja desde logo determinada, por outro, mesmo que haja determinação, não é possível, pelo que foi dito, encará-la estaticamente, isto é, rígida e capaz de estabilizar-se. Como referido, o CPC prevê que a demanda deve ganhar estabilidade, não admitindo sua alteração após o saneamento do processo. Ora, nos casos estruturais, ainda que no início aparentemente se delimite a demanda, não é possível pressupor que na inicial haveria como expô-la com detalhes e que, se isso não foi feito, opera-se preclusão. Deve lembrar-se que, nos processos coletivos, trabalha-se com a representação de interesses, não com a participação pessoal dos titulares (e pode não haver um titular pessoalmente identificável e que por si possa ir a juízo – “direitos difusos” ou “direitos coletivos”), de modo que a presunção baseada na autonomia (a pessoa define a demanda como *quer*, conforme sua vontade) não tem cabimento.

⁵⁹⁷ Grifado no original.

⁵⁹⁸ O processo era originalmente físico, com sentença proferida já nos autos eletrônicos. Para consulta, acessar o e-Proc da Justiça do Tocantins (<https://consultaeproc.tjto.jus.br/>), ACP n.º 5000555-91.2007.827.2706.

⁵⁹⁹ “Repiso, que em caso de condenação genérica no sentido de exigir do Estado de forma indefinida uma prestação para todos os usuários da Comarca de Araguaína para prestar Tratamento Fora do Domicílio (TFD), sem a que a administração analise o caso concretamente, e sem considerar os requisitos exigidos pelos atos normativos que regulam essa política pública é eliminar o direito da Administração Pública em analisar o caso concreto. E não é só, como também suprimir o direito da Administração Pública de defesa em caso que há arbitrariedade ou desnecessidade do pedido formulado, o que certamente ira trazer aperto a Administração Pública, gerando impacto de natureza grave e imprevisível nas finanças públicas na Saúde, não podendo ser admitido esse pedido de forma genérica.”

⁶⁰⁰ De todo modo, para este trabalho, a análise da sentença é ainda interessante, especificamente porque outro pedido dizia respeito à publicidade da tramitação administrativa dos requerimentos de tratamento fora do domicílio – TDC, e a magistrada determinou, com considerável especificidade, como deveria ser conferida tal publicidade, ainda mais com uso de tecnologia, inserindo-se aí a decisão no cotejo dos modelos comando-e-controle e experimentalista.

⁶⁰¹ V. capítulo 4, item 4.2.3.2.

Portanto, ainda que o legitimado coletivo tenha formulado um pedido certo e determinado⁶⁰² e exposto uma causa de pedir ao menos aparentemente delimitada, não é possível empregar a estabilização nem exigir que o juiz, se for o caso, decida *nos limites* disso (congruência ou correlação). A decisão judicial (se existir, isto é, se não houver uma negociação) deve levar em conta a construção do caso em juízo e chegar a uma solução a ele adequada, *ainda que não seja a inicialmente vislumbrada e que tenha de ser reformulada depois disso*.⁶⁰³ A hipótese não é estranha ao direito processual civil, mesmo no processo tradicional. Dois exemplos podem ser citados, um mais genérico e outro mais ligado ao processo individual. Um deles é no âmbito da tutela cautelar, em que pode o juiz deferir a medida que for adequada para a proteção necessária.⁶⁰⁴ Outro está no Código Civil, ao dispor, no art. 1.637, que, “se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, *adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres*, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.⁶⁰⁵

Enfim, é necessário reconhecer a *plasticidade da demanda estrutural*. O “princípio da demanda”, ao impor delimitação prévia e estabilidade, e o imperativo da correlação entre a demanda e sentença não têm aplicabilidade no processo coletivo-estrutural.⁶⁰⁶ Inclusive, é possível reconhecer a sua inaplicabilidade por previsão expressa da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que o CPC só é aplicável no que não

⁶⁰² Sem contar, ainda, a possibilidade de diferenciação entre o *pedido de tutela* e o requerimento de uso de determinadas *técnicas processuais*, como a multa coercitiva, não estando o juiz, mesmo em um processo individual, vinculado ao emprego das técnicas eventualmente requeridas (v. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**, ob. cit., v. 2, p. 158; ARENHART, S. C. **Reflexões sobre o princípio da demanda**, ob. cit., p. 19).

⁶⁰³ E se chegará a essa solução mais adequada (bem como à construção do próprio caso) não com atuação isolada do juiz, mas, ao menos na linha aqui seguida, com uma construção interativa, o que enfraquece ainda mais a adequação de um cenário de rigidez e inflexibilidade. Ainda, recorde-se a *fungibilidade* entre as tutelas, de modo que, se foi pedida uma, pode ser que o desenrolar do processo demonstre a necessidade de ser concedida outra, fungibilidade esta que “é possível por uma estrita questão de lógica, sendo ademais uma imposição necessária em concessão ao princípio da instrumentalidade, que preside o sistema processual brasileiro” (ARENHART, S. C. **Reflexões sobre o princípio da demanda**, ob. cit., p. 21, nota de rodapé omitida).

⁶⁰⁴ Como anota Arenhart: “Com efeito, como se vê do art. 801, do Código de Processo Civil [de 1973], não exige a lei brasileira que o requerente da medida cautelar *formule pedido*, bastando que apresente a situação carente de tutela. Sendo assim, dispensada que é a formulação de pedido, logicamente também não tem cabimento falar-se na aplicação do princípio da correlação, estando autorizado o juiz a conceder a providência que lhe pareça mais apropriada para enfrentar a situação de perigo descrita pelo requerente” (Ibid., p. 18-19, nota de rodapé omitida).

⁶⁰⁵ Como também lembra Ibid., p. 16. No texto, há, ainda, outros exemplos.

⁶⁰⁶ Portanto, certamente não tem aqui sentido a ideia de que a petição inicial “é o projeto da sentença que o autor pretende do juiz” (PASSOS, J. J. C. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, ob. cit., v. III, p. 154), muitas vezes utilizada nas explanações sobre o processo individual. Também fazendo referência à expressão, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 312.

contrariar o microssistema de processo coletivo,⁶⁰⁷ e se está diante de uma hipótese em que há contrariedade. Se os casos estruturais estão englobados pelo processo coletivo, isto é, pode-se em relação a eles buscar tutela jurisdicional, isso se dá em outros moldes.⁶⁰⁸ Dizer que tem de ser dentro da sistemática tradicional é negar a possibilidade de tutela adequada – é a linguagem dos meios revelando a falsidade dos fins proclamados.⁶⁰⁹

5.1.2 Multipolaridade processual

Como visto na primeira parte deste trabalho, “conhecer os resultados das várias possíveis soluções para problemas policêntricos frequentemente está além das capacidades de qualquer tomador de decisão”,⁶¹⁰ de modo que, nos litígios estruturais, o problema é muito mais epistêmico do que simplesmente do processo. As questões estruturais, que são policêntricas e complexas, por si já se colocam como um desafio. É claro que se pode argumentar que as “lentes” por meio das quais o juiz analisa a situação podem dificultar ainda mais. Porém, não só é preciso, mas também possível, trocar essas lentes. Ainda que isso não resolva todas as *limitações*, pode representar um aprimoramento significativo. Muito em razão da alta complexidade dos casos estruturais, é necessária a ampla participação de diferentes atores, tanto para que se possa compreender o problema, como para buscar soluções adequadas.

Essa ampla participação não se encaixa na bilateralidade do processo civil clássico. A ideia de partes do processo tem vinculação com a demanda, que por sua vez é bipolarizada: há um autor e um réu, compondo assim, respectivamente, os polos ativo e passivo. Mesmo com as hipóteses de “intervenção de terceiros” não há alteração significativa. Ou se tem, a rigor, uma nova demanda também composta por esses dois polos, ou haverá um *terceiro* que se acopla a um deles, auxiliando aquela parte que lhe interessa que “vença” (assistente simples). Ainda, essas

⁶⁰⁷ Art. 19 da LACP e art. 90 do CDC. E note-se que a questão nem é nova no processo coletivo. A doutrina já reconhece que o princípio da demanda é problemático nesse campo. V., p. e., GIDI, A. **Rumo a um código de processo civil coletivo**, ob. cit., p. 46 e ss. De todo modo, sequer é necessária alteração legislativa para afastá-lo.

⁶⁰⁸ A propósito, a dificuldade foi sentida pelo STF no controle principal de constitucionalidade, estabelecendo-se que nele a causa de pedir seria “aberta” (v., p. e., ADI 2.182), de modo que, apresentados na petição inicial os “fundamentos jurídicos do pedido” (ADIs 259/DF e 1.775/RJ), “não está o STF a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados (princípio da causa petendi aberta)” (MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 272).

⁶⁰⁹ Ressalte-se que a mesma dinamicidade exige a defesa do réu, inaplicável o princípio da eventualidade como no processo civil clássico, devendo o contraditório ser exercido de maneira dinâmica, conforme a construção do caso.

⁶¹⁰ No original: “Knowing the outcomes of various alternatives to polycentric problems is often beyond the capacities of any decision-maker” (KING, J. Polycentricity and Resource Allocation, ob. cit., p. 5).

intervenções têm lugar no “processo de conhecimento”, especificamente até a sentença ou mesmo o trânsito em julgado desta, quando será então “definida a controvérsia”, restando “apenas” passar para a execução.⁶¹¹ Nesse modelo processual bipolarizado, a protagonista é a sentença, com a qual guardam relação as “intervenções de terceiro”. Ocorre que no processo coletivo-estrutural a sentença perde seu protagonismo, sendo, se existente, mais o pontapé inicial do que ato que encerra a discussão.⁶¹²

5.1.2.1 Atipicidade da participação

Com os vários participantes, sejam eles considerados formalmente partes ou terceiros, vê-se a formação de uma multipolaridade, com diferentes polos de interesses a serem levados em conta na decisão ou nas negociações. Não há uma “intervenção de terceiro” para que uma ou outra parte vença, até porque não é a racionalidade ganhador-perdedor empregável no processo coletivo-estrutural. Diferentemente, busca-se a construção do caso e de uma possível solução com a participação de diversos atores, para aumentar a quantidade de informação e possibilitar que os diversos interesses imbricados sejam adequadamente representados.

Na parte em que se tratou da participação como um elemento do processo coletivo-estrutural, foi cogitado quem potencialmente poderia participar, já indicando a amplitude. Na linha proposta por Susan Sturm, seria necessária abertura da participação para aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas.⁶¹³ A participação de diferentes órgãos ou setores de uma

⁶¹¹ Quanto à “intervenção de terceiros” na execução, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 248-249. Acrescente-se, ainda, em relação ao CPC/15, que há previsão de um incidente para desconsiderar a personalidade jurídica, sendo que: “Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.”

⁶¹² V. capítulo 4, item 4.2.3.2. Em sentido semelhante: “Dialogic decisions tend to open a monitoring process that encourages discussion of policy alternatives to solve the structural problem detected in the ruling. Unlike monologic judicial proceedings, the minutiae of the policies arise during the course of the monitoring process, not in the judgment itself. Dialogic courts often issue new decisions in light of progress and setbacks in the process and encourage discussion among actors in the case through deliberative public hearings.” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Beyond the Courtroom*, ob. cit., p. 1.691).

⁶¹³ STURM, S. P. *A Normative Theory of Public Law Remedies*, ob. cit., p. 1.410, inclusive n. 292, e p. 1.433. A respeito da forma como se dá a participação (p. e., se por petição escrita), v. a parte sobre gerenciamento procedimental, adiante neste capítulo.

organização pode ser interessante, ou seja, não apenas daquele que a representa formalmente, mas também de outros grupos, entre eles os que podem bloquear ou dificultar a realização da decisão coletiva (judicial ou negociada).⁶¹⁴ A diversificação é importante, pois, ainda mais nos casos altamente complexos, supor que existe *uma* “vontade” dos grupos ou coletividades envolvidos (unitariedade) é problemático.⁶¹⁵ Ademais, a amplitude abrange as próprias partes ou os afirmados titulares dos direitos, para que não falem somente por meio de seus defensores (advogados privados ou públicos, defensores públicos ou o próprio Ministério Público quando atua como legitimado coletivo), mas tenham a possibilidade de diretamente participar e negociar.⁶¹⁶

Considerando que essa extensa participação serve também como mecanismo de controle da representação adequada,⁶¹⁷ em sentido amplo, não é, em razão disso, “mera faculdade” do juiz.⁶¹⁸ Caso os interessados não compareçam espontaneamente, deve haver provocação judicial. Ou, mais ainda, mesmo que haja o comparecimento de alguns interessados, pode ser necessária

⁶¹⁴ Ainda, é possível pensar em outras formas, contando com a colaboração de órgãos da Administração Pública, como a realização de consultas públicas.

⁶¹⁵ Sobre a diferenciação entre as visões externa e interna da classe, relacionadas à concepção que se tem de unitariedade, v. BONE, Robert G. The Misguided Search for Class Unity. *The George Washington Law Review*, v. 82, p. 651-717, mai. 2014, *passim*. O autor defende que a visão deve ser interna, isto é, que a unidade da classe é alcançada pela certificação, tendo em vista os objetivos da coletivização, perspectiva que seria mais flexível e funcional e alinhada ao modelo de resultados das ações coletivas (*outcome-based model of class action*). Não obstante, embora a coletivização deva, para atingir seu fim, trabalhar de forma flexível e operacional, isso não parece excluir nos casos estruturais a necessidade de maior participação, até para dar visibilidade a conflitos internos. Pode haver, ao menos à primeira vista, uma perda de eficiência com isso, mas o próprio resultado pode restar comprometido se diferentes interesses não forem trazidos à discussão. Sobre a ampliação da representação dos diferentes interesses, inclusive dos internos ao grupo, v. FISS, O. M. The Forms of Justice, *ob. cit.*, p. 25-26. Pode existir divergência entre os membros do grupo e também entre eles e o legitimado coletivo. Evidência dessas divergências pode ser encontrada quando, por exemplo, um legitimado coletivo questiona judicialmente o que foi negociado por outro em um termo de ajustamento de conduta.

⁶¹⁶ A participação direta vale também em relação a entidades ou órgãos públicos e entes federados, com o envolvimento de autoridades, não somente dos integrantes dos órgãos de representação judicial. Ademais, como afirma Susan Sturm, parece que o papel dos advogados (ou, mais genericamente, dos defensores) não deve ser o mesmo que no modelo adversarial. A autora afirma que “the lawyer’s role is to facilitate her clients’ effective participation in the process of remedial decisionmaking. This role may involve assisting individual or groups in organizing and selecting representatives. In some instances, such when the client has the capacity to articulate her own interest and to participate fully in the dialogue, the lawyer may simply monitor the progress of discussions, provide ideas, and draft proposals implementing the agreements reached. In other cases, when the client is unable to participate fully in the deliberations, the lawyers may play a more substantial role in the deliberations” (STURM, S. P. A Normative Theory of Public Law Remedies, *ob. cit.*, p. 1.434, notas de rodapé omitidas). Isso possibilita, trazendo para este campo argumentos de Cappelletti, a humanização do processo e a valorização das partes, para que sejam “assistidas mas não substituídas por seus defensores” (CAPPELLETTI, M. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidade*, *ob. cit.*, p. 45).

⁶¹⁷ E também pode favorecer o incremento, em geral e em razão transparência, da *accountability*, conforme visto no capítulo anterior, itens 4.1.2 e 4.2.3.4.

⁶¹⁸ Ao contrário do que vem entendendo o STJ em relação à participação no julgamento de recursos especiais: “A autorização de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia no recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil é uma faculdade do órgão julgador, por intermédio do Relator.” (EDcl no REsp 1.110.549/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10/03/2010, DJe 30/04/2010).

alguma espécie de “chamada pública”, a fim de conferir publicidade ao processo e aos problemas debatidos, viabilizando a representação dos diferentes interesses que serão possivelmente balanceados ou acomodados no desenho ou redesenho da solução.

Um desafio, que cresce conforme a imbricação de interesses e a abrangência do problema estrutural, é encontrar o equilíbrio entre uma ampla participação e a própria operacionalidade do processo, isto é, que o aumento da complexidade processual não acabe inviabilizando o seu funcionamento.⁶¹⁹ Nesse sentido, os mecanismos de coletivização são importantes como “filtros” de participação.⁶²⁰ Até por isso, é necessário que, em relação àqueles que requerem a participação, seja de maneira espontânea, seja após o chamamento público, haja um controle judicial da possibilidade ou não de participar, verificando se eles são representativos do interesse que alegam, bem como se terão condições de envolver-se adequadamente no processo. Caso não haja prejuízo, a amplitude do processo coletivo-estrutural favorece a diminuição das barreiras de acesso ao debate.⁶²¹

Dada a flexibilidade do processo coletivo-estrutural, não é tão relevante fixar a que título todos esses atores participam do processo, no sentido de que isso poderia acabar criando outro conceitualismo disfuncional. Basta, de modo geral, considerá-los, quando esse for o caso, como representantes dos interesses.⁶²² Não obstante, a categoria em que entram pode ter, ao menos ainda, relevância prática. Basicamente, podem ser mencionadas três questões. Uma delas é a capacidade postulatória. Se não são partes nem um dos “terceiros intervenientes” previstos no CPC, é possível que participem diretamente, sem necessidade de serem assistidos por advogados, o que é positivo, pois tal exigência pode representar uma barreira de acesso à justiça.⁶²³ Outro ponto é a competência, pois pode haver a necessidade de deslocamento para a Justiça Federal,

⁶¹⁹ Lembra Chayes: “A critical question for research is whether this potential [of the judicial system] is or can be exploited to produce a party structure that is adequately representative in light of the consequences of public law litigation without introducing so much complexity that the procedure falls of its own weight.” (CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.312).

⁶²⁰ Inclusive a coletivização passiva, como visto.

⁶²¹ Além disso, deve notar-se que a participação pode ocorrer de várias formas. Uma delas, que será vista adiante, é a audiência pública, em que não haveria restrição quanto a quem pode participar, justamente por ser pública. Uma questão que poderia surgir é relativa à gestão das manifestações orais, por exemplo, dependendo do número de participantes.

⁶²² Notando a desimportância de fixar-se um termo específico, VIOLIN, J. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**, ob. cit., p. 197.

⁶²³ Scarpinella Bueno, quanto a isso, faz uma diferenciação entre a participação dos *amici curiae* quando é solicitada pelo juiz ou quando ocorre por iniciativa própria, sendo que apenas no primeiro caso haveria a necessidade de presença de advogado (BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 499-501). Todavia, talvez seja possível em algumas hipóteses a participação ser espontânea e dispensar a assistência jurídica, como no caso da academia, embora possa não ser recomendável ou frequente.

por exemplo, se houver preenchimento de uma das hipóteses do art. 109 da Constituição. Por fim, é relevante em razão da (falta de) legitimidade recursal.

Não sendo parte nem assistente, e pretendendo-se enquadrar os participantes em alguma figura conhecida, é possível imaginar a dos *amici curiae*. De modo geral, são compreendidos como aqueles que têm “um *interesse específico no debate institucional* da matéria que é objeto de determinado processo judicial”.⁶²⁴ Porém, não se trata somente de uma atuação desinteressada, no sentido de que a participação visaria apenas ao incremento do debate e à tomada de decisões de maneira informada.⁶²⁵ Podem trazer pontos de vistas diferentes, defesas de diversos interesses e informações, assumindo aí também contornos instrutórios. A utilidade para o processo coletivo-estrutural é notória – ou, mais ainda, a *necessidade* de que a figura seja empregada –, abrindo o processo a diversos atores interessados (e “de interesse”).

Os *amici curiae* podem, portanto, ser chamados ou admitidos no processo para diversas finalidades; seja para viabilizar ou ampliar a representação de determinado interesse, seja para trazer informações úteis ao processo. Nessa última possibilidade se encaixam, por exemplo, órgãos públicos capazes de apresentar “informação técnica”, entidades da sociedade ou a própria academia.⁶²⁶ Esses atores, portanto, não estão ligados a um interesse específico, aproximando-se do sentido em que a expressão *amicus curiae* é usualmente empregada, de uma atuação

⁶²⁴ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**, ob. cit., v. 2, p. 93. Nas palavras de Scarpinella Bueno, ainda, o *amicus curiae* “tem que ser entendido como um adequado representante destes interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado (‘fora do processo’, portanto) mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada ‘dentro do processo’” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae**. 2008. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015, p. 2). Para Scarpinella Bueno, o interesse do *amicus curiae* é um *interesse institucional*, que não deixa de ser jurídico, embora não o mesmo que do assistente, por exemplo (v. BUENO, C. S. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 459-467). Nessa linha, a participação de um *amicus* relacionado ao art. 109, I, da Constituição ensejaria, para ele, o deslocamento da competência para a Justiça Federal (Ibid., p. 229 e ss e 506 e ss).

⁶²⁵ “Traditionally, the *amicus curiae* was not a party to the litigation, but served as an impartial assistant to the judiciary, providing advice and information to a mistaken or doubtful court” (LOWMAN, Michael K. *The Litigating Amicus Curiae*, ob. cit., p. 1.243-1.244, nota de rodapé omitida). Não obstante, nem todos esses outros participantes do processo coletivo-estrutural podem ser considerados imparciais, embora possam participar a título de *amicus curiae*; v., quanto a essa amplitude, p. e., VIOLIN, J. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**, ob. cit., p. 196-197.

⁶²⁶ A academia, por exemplo, prestou auxílio no caso argentino *Mendoza*, visto no primeiro capítulo deste trabalho. Também na ACP do Carvão estudos foram confeccionados, com celebração de convênio com órgãos ou entidades, para produção de diferentes informações. V., p. e., esta decisão a respeito: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=3486360&DocComposto=&Sequencia=&hash=bf7b48fd3d7fd885c2ad5133d188d761>.

imparcial.⁶²⁷ Todavia, mesmo os que são considerados interessados incrementam a quantidade de informação, de modo que aqueles objetivos não são necessariamente alternativos.

Poderia ser questionado, para além da utilidade e da necessidade, se o emprego é *possível*. A resposta é afirmativa. Primeiramente, como pontuado por Scarpinella Bueno, não é preciso haver previsão legal específica para admitir a figura.⁶²⁸ Mesmo se assim não fosse, a possibilidade decorre da sistemática do tratamento coletivo de questões (ou do tratamento de questões, com repercussão coletiva)⁶²⁹ ou, no mínimo, por analogia com a previsão nos diplomas relativos ao controle principal de constitucionalidade, viabilizando o emprego da figura em outros processos coletivos. Os *amici curiae* também são admitidos pelo STJ em “processos subjetivos”, menos razão ainda existindo para não o serem em processos coletivos.⁶³⁰

O ingresso dos *amici curiae* não deve ser somente como quem traz informações ou até mesmo pontos de vistas diversos, mas sem papel mais ativo no desenrolar do processo, isto é, limitando-se à apresentação de memoriais ou a uma breve sustentação oral durante o julgamento. O STJ e o STF entendem, por exemplo, que quem atua a tal título não tem legitimidade recursal, podendo, no máximo, recorrer da própria decisão que indefere o requerimento de participação,⁶³¹ entendimento que pode ser problemático nos litígios estruturais, especialmente considerando que os participantes não serão simplesmente terceiros imparciais, desinteressados em relação ao resultado.

O art. 499 do CPC/73 prevê a figura do recurso do “terceiro prejudicado”,⁶³² interpretando-se correntemente a previsão como abrangendo somente aqueles que têm *interesse jurídico*, ou seja, podem recorrer só aqueles que serão *juridicamente* prejudicados pela decisão, em uma relação jurídica dependente ou conexa à discutida. É preciso ampliar a interpretação que

⁶²⁷ Ou atuação baseada no “interesse público”. V., a respeito, CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: Sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, n. 26, p. 19-55, 2009, p. 34 e ss.

⁶²⁸ BUENO, C. S. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae**, ob. cit., p. 3. Também, VIOLIN, J. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**, ob. cit., p. 195 (indicando que a possibilidade decorreria dos poderes de instrução do juiz e dos princípios do processo coletivo).

⁶²⁹ Há previsão de ampla participação de terceiros em diferentes diplomas normativos, v. BUENO, C. S. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae**, ob. cit., p. 3.

⁶³⁰ O CPC/15 incorpora a experiência dos *amici curiae* (art. 138), o que é positivo, mas pode acontecer que no processo coletivo a figura seja empregada de modo diferente, considerando o que será dito sobre a necessidade de verificação *in concreto* dos seus contornos no processo coletivo-estrutural.

⁶³¹ Exemplificativamente, quanto à possibilidade de recorrer apenas da decisão de indeferimento, STF, AgR no RE 597.165, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, j. 28/10/2014, DJe 05/12/2014. Também no STJ, pela ilegitimidade recursal, entendimento acoplado ao de que a admissão do *amicus curiae* é faculdade do relator, EDcl no REsp 1.418.593/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 11/06/2014, DJe 18/06/2014.

⁶³² No CPC/15, art. 996.

se faz do dispositivo, para adequar ao processo coletivo-estrutural.⁶³³ A ampliação pode muito bem ser feita pela doutrina assim como pelos tribunais, sem necessidade de alteração legislativa,⁶³⁴ como uma “mutação legislativa” – alteração da norma, sem mudança do texto –, até para manter a coerência entre a ampliação da participação em primeiro grau e a possível em sede recursal.⁶³⁵

Mais do que isso, talvez seja possível vislumbrar diferentes espécies de *amicus curiae* (ou de participantes sem uma nomenclatura específica, o que é até preferível, como representantes de interesses ou perspectivas), com distintas possibilidades de prática de atos processuais. Alguns participam das negociações, outros não, caso não se tenda a uma negociação ou a um diálogo amplo, por exemplo. É necessário ver no caso concreto, não estabelecer *a priori* e de maneira rígida, em que situação determinado participante apenas prestará informações, tomará parte das negociações, poderá ou não recorrer, entre outros aspectos.⁶³⁶

5.1.2.2 Transpolaridade

A multipolaridade do processo coletivo-estrutural tem uma segunda dimensão: *fluidez*, com a potencialidade de alteração de polo processual pelos participantes. A demanda não é bipolarizada nem o processo, de modo que uma parte enquadrada em um dos polos clássicos pode nele não se encaixar. Por exemplo, um ente público, ainda que seja colocado como réu em um primeiro momento, não necessariamente está em contraposição aos interesses do autor ou alinha-se a algum interesse específico. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral refere-se às agências reguladoras,⁶³⁷ que não raro figuram em processos coletivos ao lado de concessionários,

⁶³³ Sobre a necessidade de conferir-se maior elasticidade à noção de terceiro prejudicado, v. ARENHART, Sérgio Cruz. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 22 mai. 2012.

⁶³⁴ Pela desnecessidade, BUENO, C. S. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 511.

⁶³⁵ A coerência é importante, a não ser que se queira utilizar a vedação como mais um mecanismo da “jurisprudência defensiva”.

⁶³⁶ No CPC/15, reconhece-se a necessidade de análise concreta: “Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*” (art. 138, § 2.º), embora haja limitação quanto aos recursos (§ 1.º). Sobre a conformação da participação do terceiro pelo magistrado à luz do caso concreto, como acontece no direito estadunidense, v. ARENHART, S. C. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes**, ob. cit., p. 22. Nesse sentido, é interessante o *litigating amicus*, já mencionada no capítulo 4, item 4.1.1 (v. n. 416), que até pode ser considerado uma figura, entre partes e terceiros, “intermediária” ou “híbrida”.

⁶³⁷ CABRAL, A. do P. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: Sobre a migração entre polos da demanda, ob. cit., p. 35. E ainda podem ser acrescentadas as autarquias de proteção ambiental.

permissionários ou autorizarários de prestação de serviço público, imputando-se-lhes uma omissão fiscalizatória, em geral, para que sejam aceitas como rés.⁶³⁸

A transpolaridade, significando ausência de vinculação infalível às posições da demanda (autor \times réu, na linha clássica), não é hipótese desconhecida. A Lei da Ação Popular, em seu art. 6.º, § 3.º, dispõe que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Com isso, é possível, de certa maneira, afastar a “lógica da culpabilização”, que incrementa a litigiosidade, contribuindo a migração de polos para alterar os termos do debate. Também, não ganha tanta relevância a discussão acerca de se a União pode figurar como litisconsorte necessária no polo ativo,⁶³⁹ pois pode ter sua citação para integrar o processo no polo ativo,⁶⁴⁰ concordando com as reivindicações, ou pode figurar no passivo, com a possibilidade de posterior migração, conforme o desenrolar do litígio. Ainda, mesmo que originalmente colocado na demanda como sujeito passivo, poderá também demonstrar que deve atuar como *amicus curiae*.⁶⁴¹

É necessário perceber o dinamismo da relação processual e adotar técnicas processuais a isso adequadas. Uma delas é justamente essa fluidez dos polos processuais (transpolaridade), possibilitando a troca por alguma das partes, quando isso se mostrar apropriado, conforme os contornos que o caso estrutural for ganhando. Apesar de não haver previsão específica nesse sentido nos diplomas que formam a base do microssistema processual coletivo (LACP-CDC), não parece haver impedimento para sua aceitação nos processos coletivos em geral. Aliás, sabe-se que muitas das questões levadas ao Judiciário por meio da ação popular podem sê-lo também

⁶³⁸ “[...] na praxe forense, vemos que o Estado – especialmente através de seus diversos entes fiscalizatórios, como as agências reguladoras –, quando posicionado no polo passivo, recusa-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos. Tais órgãos sentem-se ‘obrigados’ a defender o ato impugnado pelo tão só fato de figurarem como réus” (Ibid., p. 21).

⁶³⁹ V. STJ, REsp 716.986/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 02/06/2005, DJe 27/06/2005.

⁶⁴⁰ A propósito, como lembra Egas Moniz de Aragão, a citação é para participar do processo, isto é, não é ato de comunicação vinculado à posição de réu. Ao comentar o art. 213 do CPC/73, na redação conferida pela Lei 5.925/1973, esclarece: “a citação deixa de ser ato de chamamento do *réu*, para sê-lo de qualquer interessado, incluídos os litisconsortes ativos, cuja presença seja necessária para a integração do processo” (ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Arts. 154 a 269. V. II. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p. 224). Assim, prosseguindo no exemplo, é possível pensar na citação da União (e não somente dela), a princípio para integrar o polo ativo, ficando a seu critério optar por integrar polo diverso, ainda que temporariamente. No CPC/15, é mantida uma redação abrangente: “Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.”

⁶⁴¹ Nesse último sentido, v. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V. 4. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2013, p. 272.

pelos legitimados coletivos em uma ação civil pública, por exemplo,⁶⁴² ficando sem sentido a restrição à aplicabilidade da técnica.

5.2 Gerenciamento procedimental

Considerando o que foi dito até aqui a respeito da flexibilização processual, já se nota a necessidade de dinamização também do procedimento, deixando as diferentes técnicas à disposição dos participantes do processo, para que seja viável a construção procedimental condizente com as necessidades concretas. Antes, porém, alguém poderia questionar qual seria, no mínimo, a “ação de partida” para a flexibilização procedimental operada por meio de um gerenciamento. Em poucas palavras: isso seria possível em que tipo de “ação coletiva”? Na ação civil pública? Na ação popular? No mandado de segurança coletivo? Nas ações de controle principal de constitucionalidade? No *habeas corpus* coletivo? É nessa linha que este item se inicia.

5.2.1 Processo coletivo-estrutural com qual “ação coletiva”?

O veículo básico da atuação jurisdicional estrutural é a ação civil pública, que é um rótulo genérico,⁶⁴³ podendo apresentar-se mediante diferentes procedimentos e mesmo de forma flexibilizada. A técnica da coletivização antes abordada, a propósito, pode ser imaginada para a chamada, no cotidiano forense, “ação ordinária” (individual) – que, então, passará a ser vista como uma ação civil pública –, mas também na própria ACP, na hipótese em que o que é necessário é outra espécie de cumulação, de tutela de diferentes interesses coletivos, incluindo os individuais.⁶⁴⁴

⁶⁴² Ibid., p. 263.

⁶⁴³ É um rótulo genérico, podendo ter a feição de diversos procedimentos, conforme lembra ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de direitos individuais**, ob. cit., p. 239. A propósito, parece possível a formação de um caso estrutural em “processo coletivo de execução” de um termo de ajustamento de conduta – TAC.

⁶⁴⁴ A ação popular parece não descartável também, conforme a situação concreta (por exemplo, para proteção do meio ambiente), sendo que a ampliação dos participantes acabará por trazer semelhanças em relação à ação civil pública, com a diferença da legitimidade inicial do cidadão. Talvez a exigência de que a ação popular tenha de atacar um ato *determinado* possa dificultar a provocação da atuação estrutural por essa via, mas é possível cogitar uma omissão e que o ato atacado seja apenas a “ponta do *iceberg*” (pense-se na hipótese em que é impugnado um ato relacionado a uma área de preservação ambiental). Sobre as diferentes tutelas que podem ser buscadas por meio da ação popular (isto é, não apenas a desconstitutiva), v. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Procedimentos Especiais**, ob. cit., p. 284-286.

Não obstante na generalidade dos casos estruturais o veículo seja a ação civil pública, adequada procedimentalmente às circunstâncias concretas, parece não ser aceitável excluir outras possibilidades, ao menos não nesta primeira aproximação aqui feita.

Nessa linha, a atuação estrutural pode dar-se também por meio de ações de controle principal de constitucionalidade. Poderia ser argumentada a inviabilidade nessas ações de controle, dado o “caráter declaratório” (ou constitutivo), sem transformação do *status quo* para além de decisões autossuficientes.⁶⁴⁵ Porém, posição dessa espécie parece enfraquecer o controle de constitucionalidade.⁶⁴⁶ É possível imaginar uma delegação para as “instâncias ordinárias” para proporcionar a construção da solução.⁶⁴⁷ Ainda no que concerne ao controle de constitucionalidade, aqui especificamente pelo STF, não é absurdo cogitar outra possibilidade, que uma decisão de recurso extraordinário⁶⁴⁸ desencadeie a reforma estrutural, com posterior ajuizamento de uma (ou mais) ação civil pública em primeiro grau para que a reforma ganhe corpo e o entendimento geral do Supremo seja efetivado.⁶⁴⁹

Também, no âmbito do STF, é defensável a “ação civil originária” como mecanismo de atuação estrutural. Nesse sentido, tem-se a já mencionada ACO 2536, de relatoria do Ministro Luiz Fux, relativa ao Sistema Cantareira.⁶⁵⁰

Quanto ao mandado de segurança, seu procedimento calcado na celeridade, que exige prova pré-constituída, pode, à primeira vista, apresentar dificuldade de flexibilização, de modo que, ao menos na fase inicial, seria menos provável o desenvolvimento de um processo coletivo-estrutural. Todavia, parece haver duas possibilidades.

Uma é a de que mesmo na “fase de conhecimento” haja flexibilização criativa do procedimento. Isso já aconteceu em casos concretos, com, por exemplo, a designação de audiência ou reunião entre as partes para uma possível conciliação. No STF, apesar da posterior decisão terminativa, o Ministro Luiz Fux, no âmbito do MS 30.952/DF – em que se discutia a aquisição de obras do Monteiro Lobato –, marcou inicialmente uma audiência de conciliação, bem como formalizou, após, uma reunião entre as partes. Também, houve um mandado de

⁶⁴⁵ Em relação a decisões autossuficientes, v. n. 481, acima.

⁶⁴⁶ Sobre decisões estruturais no controle de constitucionalidade pelo STF, v. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, capítulo 3, item 3.9.

⁶⁴⁷ Também, quando o controle for feito por um tribunal local, dentro da respectiva competência, pode haver delegação a um juízo de primeiro grau.

⁶⁴⁸ Ou, de forma semelhante, um recurso especial.

⁶⁴⁹ É o que pode acontecer em relação ao RE 641.320, sobre a “intervenção” do Judiciário em relação aos problemas carcerários.

⁶⁵⁰ Quanto ao caso, v. n. 149, acima, e respectivas considerações.

segurança, envolvendo aproximadamente a quantia de cento e cinquenta milhões de reais e impactando na vida de três milhões de pessoas, em que o magistrado designou uma audiência de conciliação, o que resultou em um termo de ajustamento de conduta.⁶⁵¹ A segunda possibilidade, por outro lado, seria imaginar, no caso de o *status quo* ser de inegável violação de direitos, que a decisão do mandado de segurança coletivo tenha aquela função de desestabilizar o estado de coisas, com uma ordem genérica, deixando todo o restante construtivo para a “fase da efetivação”.

Por fim, relativamente ao *habeas corpus* coletivo, um caso concreto em que ele pode dar ensejo a reformas estruturais já foi referido no capítulo 2 deste trabalho (HC 119.753, STF). Este foi impetrado pela Defensoria do Estado de São Paulo, objetivando que se determinasse que “sentenciados formalmente em regime semiaberto, mas que permanecem no CDP [Centro de Detenção Provisória] II de Osasco, cumpram sua pena em prisão albergue domiciliar até o surgimento de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto”. Já na liminar, porém, o relator, Ministro Luiz Fux, questionou a viabilidade desse veículo na forma coletiva pretendida. Assim, com base nisso, poderia encontrar-se uma barreira para sua utilização, mas parece um mecanismo interessante para iniciar a discussão sobre o problema estrutural.⁶⁵²

5.2.2 Construção do procedimento adequado

Os casos estruturais não “chegam prontos”,⁶⁵³ mas são delineados e ganham sentido em juízo, de modo que qualquer prefixação e rigidez procedimental é totalmente imprestável para que a tutela jurisdicional seja adequada. Portanto, devem ser disponibilizadas técnicas processuais (ou até mesmo criadas soluções processuais, na construção interativa e pragmática), sem apego a um modelo prefixado.

⁶⁵¹ MS n.º 2009.83.00.000464-1/JFPE, 6.ª Vara Federal de Recife. V. relato do magistrado que conduziu o processo, QUEIROZ NETO, Gabriel José. **Um Mandado de Segurança Incomum**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=135>>. Acesso em: 12 mar. 2015, em que são fornecidos aqueles dados numéricos.

⁶⁵² Sobre a questão, na Argentina, v. VERBIC, Francisco. *Habeas corpus colectivo en tutela del derecho al trabajo de personas en situación de cárcel (*FED)*. **Class Actions en Argentina [blog]**, 03 dez. 2014. Disponível em: <<http://classactionsargentina.com/2014/12/03/habeas-corpus-colectivo-en-tutela-del-derecho-al-trabajo-de-personas-en-situacion-de-carcel-fed/>>. Acesso em: 04 dez. 2014. Também, v. o caso *Verbisky*, decidido pela Suprema Corte argentina em 03 de maio de 2005. Decisão disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=70648>>.

⁶⁵³ Talvez nenhum caso “chegue pronto” ao Judiciário, mas é isso que a visão estática da demanda e do processo transmite ou pretende transmitir.

Conforme pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o direito processual civil já contou com o “mito do procedimento uniforme”, pretendendo a neutralidade de um procedimento único para todo e qualquer direito material (portanto, também visando à universalidade). Isso tinha por base a suposição de que, “para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos. [...] Diferenciar procedimentos implicava diferenciar pessoas e situações, o que seria incompatível com a plena liberdade que o Estado deveria reservar aos particulares”.⁶⁵⁴

Porém, essa configuração⁶⁵⁵ confere a grande parcela das pessoas apenas igualdade em sentido formal, dimensão reconhecidamente insuficiente. É necessário, como repisado pela doutrina processual contemporânea, fortalecer os laços entre o processo e o direito material, afastando essa pretensão de neutralidade, como se pouco – ou nada – importassem, no desenho do procedimento, o direito que está em jogo e as circunstâncias concretas. Mais do que isso, na linha pragmática aqui seguida e como logo acima indicado, não basta nos casos estruturais a adoção de um *procedimento especial*. Isso seria igualmente colocar o processo em uma “camisa de forças”. As técnicas processuais, isso sim, inclusive moldadas à luz das necessidades concretas, devem possibilitar a construção de um procedimento *funcional*, que efetivamente *viabilize* a prestação de tutela jurisdicional em cada litígio estrutural. Os procedimentos diferenciados são insuficientes, também como lembram Marinoni, Arenhart e Mitidiero, seja porque é inviável a legislação prever um para cada hipótese em que se faz necessário fugir do “procedimento padrão”, seja porque as previsões de tais procedimentos levam em conta o tipo de direito material ameaçado ou violado, mas não necessariamente as *circunstâncias e necessidades concretas*.⁶⁵⁶

Essa construção procedimental casuística não só é necessária, como possível. Primeiramente, porque o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5.º, XXXV, da Constituição) tem como um de seus corolários o direito ao procedimento adequado

⁶⁵⁴ V. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

⁶⁵⁵ Potencializada pela tutela ressarcitória em pecúnia como a tutela possível (Ibid., p. 25-26).

⁶⁵⁶ Ibid., p. 49-50. Assim é que se tem que ir além não apenas do “procedimento único”, como da “utopia das ‘tutelas jurisdicionais diferenciadas’”. Em suas palavras: “a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva depende da possibilidade do uso da técnica processual adequada às especificidades do caso concreto. É evidente que não é possível instituir *procedimento* adequado ao caso concreto, uma vez que as suas nuances são naturalmente imprevisíveis. A predisposição legislativa das técnicas processuais (procedimentos) que devem ser utilizadas conforme as necessidades de tutela do direito material não é suficiente quando se tem em mira atender às características do caso concreto” (Ibid., p. 49).

ao caso concreto.⁶⁵⁷ Ademais, já foi dito aqui, devido processo legal não é igual a procedimento rígido e prefixado em lei. O que se deve preservar são as garantias processuais, e isso não necessariamente acontece simplesmente se é observado o “procedimento padrão” ou um “procedimento especial” estabelecido em lei.

Essa flexibilização do procedimento conforme as necessidades concretas, como argumenta Fernando Gajardoni, não viola a segurança jurídica, ou ao menos não a viola necessariamente, dependendo, a rigor, de como é feita: “*basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham*”, servindo as garantias constitucionais como mecanismos de controle (por exemplo, a motivação da decisão e o contraditório), sem os “cubículos formais dos procedimentos”.⁶⁵⁸

Assim, nesse contexto, diante do caso concreto terá o procedimento de ser delineado conforme as necessidade dos litígios estruturais, *pois é muito difícil imaginar um caso estrutural que se encaixe nos procedimentos prefixados*. Obviamente, as garantias processuais devem ser respeitadas, com uma construção igualmente conjunta, quando possível, podendo as partes e outros participantes do processo apresentar sugestões. Nessa linha, é possível imaginar uma “gestão processual cooperada”.⁶⁵⁹

Ainda, veja-se que o processo coletivo-estrutural *não tende a acabar rápido nem deve ser pensado para acabar rápido*. O que é garantido constitucionalmente não é a curta duração do processo, mas a “duração razoável”, isto é, o que pode ou não ser assim considerado depende de análise concreta. Não se pode imaginar que, diante de um problema altamente complexo, alterações *estruturais* possam ser feitas com processos que duram um curto intervalo de tempo e que têm como objetivo terminar quanto antes. Isso não significa, porém, que não seja *célere* – os adjetivos não são sinônimos quando se fala em duração do processo. É necessário, aí, perceber que o próprio planejamento ou desenho do procedimento poderá e precisará, provavelmente, ser redefinido conforme o litígio estrutural ganha corpo. É a

⁶⁵⁷ MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**, ob. cit., p. 119 e ss.

⁶⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 173, grifado no original.

⁶⁵⁹ ATAÍDE JR., V. de P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., p. 182 e ss. Aponta: “Os advogados, órgãos do Ministério Público e as partes, impulsionados pelo juiz, e também guiados pelas diretrizes pragmáticas, terão papel fundamental na construção da melhor solução processual: primeiro, porque conhecem dados da realidade que o juiz não conhece; segundo, porque o ponto de vista externo à administração judiciária permite trazer à baila os entraves e obstáculos que costumam dificultar o acesso à justiça ou a otimização da prestação jurisdicional” (Ibid., p. 183). O autor sugere a utilização de um administrador, caso necessário (Ibid., p. 184).

dinamicidade e a dinâmica desses casos. Isso também reforça a necessidade de gestão processual, para que o processo não se torne inviável.⁶⁶⁰

5.2.3 Oralidade: a revalorização de uma velha conhecida

Toda essa participação e dinâmica, porém, não é possível em um processo essencialmente escrito como se tem atualmente. Conquanto, do ponto de vista legal, haja mecanismos que visem à adoção de um processo oral, o cotidiano mostra que outra linha é seguida, algumas vezes com o desprezo de um contato direto e oral com as partes ou mesmo da prova testemunhal.⁶⁶¹ Com a oralidade e seus corolários, pretende-se simplificar o procedimento, aproximando mais o processo e a realidade,⁶⁶² o que, por um lado, democratiza e, por outro, agiliza o processo.

O processo coletivo-estrutural será iniciado com uma petição inicial, mas imaginar que ela siga estritamente as previsões do processo individual ou que dali para frente possa seguir-se simplesmente com apresentação de manifestações escritas pelas partes ou terceiros poderá inviabilizar o percurso processual, por retardá-lo demasiadamente ou criar um conjunto de documentos dificilmente articulável de maneira eficiente. A necessidade de repensar a forma de exercício do contraditório relaciona-se com a própria contestação. Para retomar um exemplo, foram necessários, na ACP do Carvão,⁶⁶³ *dois anos* para apresentação das contestações. Conforme disponibilizado no acompanhamento processual, a petição inicial foi protocolada em 15/04/1993, enquanto a intimação para a réplica pelo Ministério Público Federal ocorreu somente em 22/05/1995.

⁶⁶⁰ Sobre a necessidade de gestão dos “supercasos” ou “litígios gigantescos” (*‘monster’ litigation*), v. ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78-79. Uma das propostas, além de um juiz ativo na gestão do processo para que seja conduzido de modo eficiente, é a convocação de juízes assistentes.

⁶⁶¹ “Não acho que tenhamos que ter esse contacto pessoal com as partes não. Não acho isso importante para o processo. Para a parte o que importa é a sentença e não fazer audiência é uma forma de agilizar a produção de sentenças.” (Juiz da Comarca do Rio de Janeiro, conforme entrevista realizada por BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 229). De todo modo, vale lembrar que processo oral não se resume à predominância da forma oral (ARENHART, Sérgio Cruz. **La Oralidade em la Justicia. El caso Brasileño**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 17 dez. 2011. p. 1).

⁶⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. V. 2. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1949, p. 222-223.

⁶⁶³ Para identificação e informações do caso, v. n. 139 e 142, acima.

Sem ignorar as dificuldades que a pluralidade de réus já traz, isso parece apontar para a necessidade de que seja repensada a dinâmica processual.⁶⁶⁴ De modo geral, a visão no dia a dia que se tem é a de que o sistema oral, além de moroso, seria atualmente impraticável, pois ficar em contato com as partes e fazendo a audiência nem de longe seria tão eficiente quanto fazer tudo por escrito.⁶⁶⁵ Não obstante isso já possa ser questionado na generalidade dos processos, no coletivo-estrutural a lógica inverte-se, sem dispensar o material escrito, mas contando com audiências para as mais diversas finalidades. Podem ser utilizadas para trazer informações, com caráter instrutório, para ir dando sentido ao caso (e desenhando a demanda) e para negociações, por exemplo.⁶⁶⁶

Portanto, um ponto-chave do processo coletivo-estrutural são as audiências, entre elas, a propósito, as audiências públicas. Tratando disso, Ricardo Lorenzetti, conforme as diversas finalidades, divide-as em: a) audiências informativas, para aumentar a quantidade de informações para a tomada de decisão, haja vista que nem tudo é trazido pelas partes; b) audiências de constituição da relação processual, para que seja possível estabelecer quem são os atores e os demandados; e c) audiências ordenatórias, para que seja traçada a estratégia de organização desses casos, fixando-se parâmetros de tramitação.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ É o que reconhece Lorenzetti: “En la causa ‘Mendoza’, [...] comparecieron como demandantes grupos de sujetos individuales afectados, grupos de asociaciones ambientalistas, grupos de asociaciones que representaban intereses de los vecinos y el Defensor de el Pueblo de la Nación. Por la parte de la demandada comparecieron el Estado Nacional, el Estado provincial, la Ciudad de Buenos Aires y un grupo de cuarenta y cuatro empresas. Si se aplican las reglas del proceso bilateral clásico, el solo traslado de la demanda, su contestación y la resolución de excepciones llevarían años, a lo cual habría que agregar las dificultades del ofrecimiento y producción individual de pruebas” (LORENZETTI, R. L. **Justicia colectiva**, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 26). Também, aí, nota-se a importância, quando isso for necessário, da coletivização passiva. Como observa Arenhart, caso não haja, “[i]magine-se, apenas para figurar como um exemplo, a instrução da causa, dando-se direito a cada um dos réus de arrolar dez testemunhas para a demonstração dos fatos por eles alegados” (ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 238).

⁶⁶⁵ Conforme pesquisa de campo (BAPTISTA, B. G. L. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade**, ob. cit., p. 203-205). E não se diga isso apenas em relação ao juiz de primeiro grau. Nos tribunais não é raro que, quando o voto do relator é favorável à parte cujo advogado pretende sustentar oralmente no julgamento do recurso, informe-se-lhe isso para que desista da sustentação.

⁶⁶⁶ Retomada a oralidade, a petição inicial, bem como as peças de defesa, em grande parte, passam a ser escritos *preparatórios*, com a definição do caso em juízo. Isto é, é em juízo e ao longo do processo que o litígio ganha seu sentido. De fato, não dá para ser com a troca de escritos; é certo que até pode haver a formal apresentação de contestação, mas isso será só o começo; noções de admissão de fatos não especificamente impugnados, em razão da extensão do problema, que sequer se sabe qual é, ou o próprio princípio da eventualidade não têm aplicabilidade no processo estrutural ou ao menos não a mesma aplicabilidade que ganha no processo civil clássico. O sistema de preclusões tem de ser outro, mais dinâmico.

⁶⁶⁷ LORENZETTI, R. L. **Justicia colectiva**, ob. cit., p. 168-169. Coloca que duas decisões ordenatórias seriam, primeiro, dividir as pretensões preventivas e de recomposição das reparações e, segundo, organizar a prova, para evitar impugnações intermináveis. Convocar as partes para acordarem sobre procedimentos probatórios, com uma participação ativa do magistrado, seria mais estratégico (Ibid., p. 168-169).

As três modalidades são de fato úteis, sejam como audiência públicas, sejam como de menor amplitude. Aquelas, para além do caráter participativo que acabam conferindo ao processo, apresentam também viés informativo, abrindo espaço para outros expedientes de prova, trabalhando-se, por exemplo, com estatísticas e coletas de dados apresentadas pelos diferentes participantes (podem ser chamados órgãos públicos para isso, bem como a academia, organizações da sociedade civil, entre outros).⁶⁶⁸ Também são mecanismos de informação e publicidade para o público em geral. Por exemplo, na ACP do Carvão, foram feitas audiências públicas para divulgação dos relatórios anuais de monitoramento. A última ocorreu no final do ano de 2014, para apresentação do 8.º Relatório de Monitoramento dos Indicadores Ambientais, em Araranguá, Santa Catarina, no auditório da UFSC/UNISUL. O local de realização, que é variante nesse caso, aliás, demonstra que diferentes estratégias podem ser adotadas a fim de tornar mais eficaz o uso dessa técnica.⁶⁶⁹

Quanto àquela segunda espécie, pode ser uma oportunidade também para a coletivização (ativa ou passiva) e para que se defina como será exercido o contraditório pelos demandados, podendo ser designada outra audiência para apresentação de defesas, a apoiar-se também em um material escrito.⁶⁷⁰ Essa segunda audiência pode servir até mesmo como mecanismo de organização do procedimento, com apresentação das razões das defesas e delineamento de como se procederá dali em diante ou, mais provavelmente, dali até determinado momento.⁶⁷¹

Ainda, diferentes audiências podem ser marcadas no processo para negociação – ou conciliatórias, na linguagem usualmente empregada na legislação –, gerais ou relativas a pontos específicos. Mais ainda, estas de negociação, o mais das vezes, mesclam-se com as demais. Pode ser – ou até é recomendável, se não necessário – que a organização do processo se dê com um planejamento participativo; não raro será necessária criatividade para dar conta da complexidade,

⁶⁶⁸ V., sobre o possível caráter instrutório das audiências públicas, CABRAL, Antonio do Passo. Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 2, p. 199-213, abr./jun. 2006, p. 209-213.

⁶⁶⁹ Conforme indicado na ata, “a iniciativa de fazer a audiência em Araranguá deu-se pelo fato dos recursos hídricos do município terem sofrido grande contaminação pelos resíduos da mineração de toda a região”. Ademais, para exemplificar a variação, a audiência relativa ao 7.º relatório havia sido feita em Forquilha/SC, no auditório da Cooperativa Pioneira de Eletrificação – COOPERA.

⁶⁷⁰ Vale a nota de que, no CPC/15, o “procedimento comum” ganhou contornos iniciais distintos, tendendo a que o réu seja citado não para diretamente apresentar a sua defesa, mas para comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação (art. 334).

⁶⁷¹ Também é interessante dizer, quanto ao novo diploma, que, no art. 357, § 3.º, está disposto: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

criatividade esta que pode ser alcançada com apoio em diversas sugestões e contribuições.⁶⁷² A gestão do procedimento nas audiências, adequando-o às necessidades do caso estrutural, pode incluir, por exemplo, a *calendarização* de atos processuais.⁶⁷³

Outro aspecto interessante que se pode retirar da revalorização da oralidade é não apenas esse contato mais direto entre o juiz e os demais participantes do processo, mas também deles com o problema concreto. Poderá ser útil, em diferentes momentos processuais, por exemplo, a inspeção judicial,⁶⁷⁴ fazendo o magistrado acompanhar-se de diferentes interessados, de órgãos técnicos que tenham sido chamados para aprimorar a coleta de informações ou até mesmo de um grupo de assessoramento ou órgão de acompanhamento que tenha sido criado. Isso pode servir não apenas para esboçar uma decisão judicial, mas para, de forma geral, trazer mais elementos para a própria negociação entre os interessados. Essa também não é apenas uma hipótese; várias foram feitas na ACP do Carvão.⁶⁷⁵

Por fim, vale ressaltar que essa revalorização da oralidade não dispensa a documentação. Esta é importante como um mecanismo de *accountability*. O controle da atividade judicial e dos demais participantes do processo a partir do que é documentado não é só feito pelas próprias partes, mas potencialmente por toda a sociedade. Registrar o que acontece no processo é requisito de sua publicidade, não somente a audiência em si. É que falar em democratização do processo não significa somente possibilitar ou proporcionar maior participação. Também, que todos possam ter acesso para verificar o que (e como) ocorre. A transparência, que é um elemento do processo coletivo-estrutural, então, exige que o que acontece em audiência (ou outro momento) seja documentado, o que hoje pode ser facilitado com o uso da tecnologia, seja para

⁶⁷² “A criatividade pragmática não se limitará ao juiz, às partes e aos seus procuradores: será cooperada em sentido amplo, envolvendo todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo” (ATAÍDE JR., V. de P. **Processo Civil Pragmático**, ob. cit., p. 183).

⁶⁷³ Nesse sentido, Ibid., p. 183. O CPC/15 também faz referência a essa técnica da *calendarização*, no art. 191 (“de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”), aplicável no processo coletivo-estrutural, mas com maior flexibilidade do que a princípio se pretende conferir (“§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados”).

⁶⁷⁴ Arts. 440 a 443 do CPC/73 e arts. 481 a 484 do CPC/15.

⁶⁷⁵ Em uma das audiências públicas realizadas, o magistrado apontou o seguinte: “O MPF foi a campo e houve um grande aprendizado, que também serviu para o judiciário. É necessário ter uma compreensão *in loco* do que está acontecendo, para obter soluções consensuais específicas. Na ida de técnicos houve a colaboração para a solução. Na sequência, tivemos diversas estruturas de estabilidade, em meio a um organismo que se prestou ao assessoramento do juízo, o GTA, chegando-se a balizas para a recuperação ambiental. Tivemos cronogramas estabelecidas pelo MPF e pelas empresas e estamos hoje com obras de recuperação ambiental, com cronogramas até o ano de 2020, em 2016 atingindo o pico. Estamos em meio a uma rodada importante no que diz respeito às bocas de minas abandonadas. Estamos avançando. Nos esforçamos a ter maior volume de dados possível. Já fizemos 20 inspeções judiciais, nesse ano e meio”. A ata dessa audiência está disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=3462895&DocComposto=&Sequencia=&hash=b0eda12aea669c3b7963846d164cb800>.

gravar o que foi discutido e decidido, seja para expandir o acesso às informações (pense-se, por exemplo, na disponibilização do material em uma página virtual específica para o caso estrutural).

5.2.4 Microinstitucionalidade

As audiências mencionadas acima e a participação de diferentes interessados, como *amici curiae* ou a outro título, entre outras técnicas, não são aplicáveis somente na “fase de conhecimento”, até porque, como será visto no próximo capítulo, diferenciar ou quebrar o processo em duas fases (ou até contar com ao menos dois processos, um para cognição e outro para execução) não é simples. A cisão não parece viável ou ao menos não é tão nítida. Ao longo de todo o processo, técnicas processuais criativas podem e precisarão ser usadas. Inclusive, é possível imaginar que inicialmente sejam chamados alguns interessados e, depois, outros quando da “fase de implementação” – e até mesmo para que participem dela em relação a uma etapa ou a um conjunto específico de medidas. As diferentes audiências – incluindo as de organização e as audiências públicas – não se restringem à noção de conhecimento. O cenário, portanto, é de ampla abertura ao caso concreto, sem que o litígio estrutural tenha que se enquadrar em procedimentos preestabelecidos e inflexíveis.

Nesse sentido, para finalizar o capítulo, convém mencionar outra técnica processual possível, que é a criação de uma “microinstitucionalidade”, especialmente para desenho, monitoramento e implementação da solução. Ainda, na linha aqui adotada, nessa microinstitucionalidade verifica-se, inclusive, se é adequado manter o que foi inicialmente cogitado como solução, sugerindo-se as modificações necessárias.⁶⁷⁶ Assim, ela pode servir para fiscalizar, avaliar, revisar medidas, critérios e até *standards*, entre outras possibilidades. Nas palavras de Ricardo Lorenzetti, “cria-se uma instituição dedicada ao cumprimento do objetivo, que atua de modo autônomo, ainda que sob a supervisão longínqua do tribunal. Esse mecanismo permite que os diversos centros de interesse interajam de modo rápido, flexível, dinâmico”.⁶⁷⁷ A quantidade de informações é aumentada, oportunizando a tomada de decisões (em sentido

⁶⁷⁶ “O provimento estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma ‘nova instituição’, criada para acompanhar, implementar e pensar sobre a realização do escopo da tutela judicial oferecida.” (ARENHART, S. C. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**, ob. cit., p. 13).

⁶⁷⁷ No original: “[...] se crea una institución dedicada al cumplimiento del objetivo que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés interactúen de modo rápido, flexible, dinámico” (LORENZETTI, R. L. *Justicia colectiva*, ob. cit., p. 187).

amplo) de maneira mais bem instruída e possibilitando maior controle social.⁶⁷⁸ É possível pensar, nesse contexto, na criação de grupos de trabalho ou de assessoramento, no papel de auxiliares do juízo (como os *masters* da experiência estadunidense), em mesas redondas, entre outros.

Cabe, agora, ver como tudo isso se articula com a conhecida cisão entre conhecimento e execução no processo, bem como com a coisa julgada.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 187.

CAPÍTULO 6

DO DIVÓRCIO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO:

Para além do processo sincrético e da coisa julgada como ápice processual

Este capítulo final, para fechar o que já foi visto até aqui, tem como objetivo apresentar uma outra perspectiva acerca da relação entre “conhecimento” e “execução” no processo coletivo-estrutural. Ligados a tal relação, foram escolhidos dois pontos para serem objeto de reflexão. Como se nota do título, o primeiro deles gira em torno da cisão (ou impossibilidade de cisão) entre cognição e execução nesse outro processo. Já foi dito ao longo do trabalho que há dificuldade em fazer uma separação do que seria a atividade cognitiva e do que seria a executiva nos litígios estruturais, ainda mais considerando a contínua aprendizagem e a possível redefinição dos próprios objetivos inicialmente almejados e que podem vir a ser inadequados ou não atender às expectativas por outras razões. Essa dificuldade leva ao segundo ponto, relativo à coisa julgada, que se assenta, justamente, na possibilidade de definir o momento da cognição, assim como o seu objeto.⁶⁷⁹

6.1 Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa: o divórcio

A cisão em “processo de conhecimento” e “processo de execução” é conhecida no direito brasileiro, prevista pelo CPC/73 em sua redação original. Após as reformas de 2005/2006, passou-se a ter, na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, o “processo sincrético”, contemplando duas fases, a cognitiva e a executiva (“sincretismo cognição-execução”).⁶⁸⁰ A aplicação dessa “técnica sincrética” tem espaço também, até por previsão anterior àquelas reformas do CPC/73, no processo coletivo, como frisa Clayton Maranhão: “a chamada ação civil pública que objetive a tutela específica dos direitos difusos e coletivos vem aparelhada pelas

⁶⁷⁹ “Assume grande relevo, portanto, saber exatamente qual é a *res* submetida a julgamento para saber, em consequência, qual é a *res iudicata*” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e Coisa julgada**: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 198).

⁶⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 125-128 (a própria ação seria sincrética, nem somente cognitiva, nem somente executiva).

técnicas mandamental e executiva *lato sensu*, em toda sua plenitude. Portanto, é uma relação processual unitária, não se submetendo ao binômio condenação/execução forçada”.⁶⁸¹

No CPC/15, a sistemática do cumprimento de sentença é mantida,⁶⁸² embora haja algumas alterações interessantes, como as “sentenças parciais”, com o “julgamento antecipado parcial do mérito”,⁶⁸³ e a ausência de relação infalível entre sentença (na definição do código) e coisa julgada.⁶⁸⁴ O que se nota, de todo modo, é que ainda se mantém a lógica de duas fases bem definidas, mesmo que possa isso acontecer parcialmente, isto é, em relação a uma parcela do mérito, que, se resolvida desde logo, poderá ensejar a passagem para a fase de efetivação da decisão, se for o caso.

Nas palavras de Chiovenda, antes de decidir, o juiz realiza “uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não a vontade concreta da lei”, sendo que tais atividades, “instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a *cognição* do juiz”.⁶⁸⁵ É certo que, mesmo no processo individual, a coisa julgada não necessariamente é estanque, ou melhor, a cognição pode ser fracionada, de modo que a sentença aprecie apenas alguns elementos. Isso não é incomum no campo da responsabilidade civil, por exemplo, na hipótese em que se fixa a responsabilidade, mas sem quantificar ou até mesmo identificar o dano, sendo o valor da reparação deixado para um momento posterior, em liquidação.⁶⁸⁶ Especialmente no caso de “liquidação por artigos”,⁶⁸⁷ a divisão da própria cognição é evidente.

Também no processo coletivo, inclusive quando não totalmente desvinculado do processo tradicional, verifica-se uma cognição por parcelas. Isso ocorre especialmente quando se tem a “condenação genérica” a que se referem o art. 91 e seguintes do CDC, com posteriores execuções individuais, que também passarão por aquela espécie de liquidação, já que o titular do

⁶⁸¹ MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141-142.

⁶⁸² Art. 513 e ss.

⁶⁸³ Arts. 355-356. No CPC/15, esses provimentos são classificados como decisões interlocutórias.

⁶⁸⁴ “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (embora em dispositivos abaixo haja referência a “sentença”), até para ser coerente com a possibilidade de julgamento imediato parcial, pois o critério para saber o que é sentença no código não é a natureza da decisão (por exemplo, se resolve o mérito ou extingue o processo sem fazê-lo). Diferentemente, estabelece que é sentença, em regra, “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (art. 203, § 1.º).

⁶⁸⁵ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 174.

⁶⁸⁶ Cisão esta que levou alguns à perplexidade, diante da “liquidação igual a zero”. V. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Execução**, ob. cit., p. 138-142.

⁶⁸⁷ “Liquidação pelo procedimento comum”, na denominação empregada pelo CPC/15.

“direito individual homogêneo” terá de comprovar, por exemplo, o dano sofrido e que a sua pretensão é “igual” àquelas albergadas pela sentença coletiva.

Por outro lado, pode haver a tutela agregada de direitos individuais de outra forma, não necessariamente com uma distinção clara entre “liquidação” e “execução”, como quando da utilização da técnica da sentença mandamental, fazendo com que a aglutinação se dê *até a efetiva tutela do direito*, não apenas até o seu reconhecimento genérico. É o que acontece, veja-se, se determinada a uma operadora de plano de saúde a devolução de valores indevidamente cobrados dos usuários, no mesmo processo, impondo-se-lhe o ônus da efetivação – já que é a ré que tem as informações, além de esse caminho ser mais eficiente e mais efetivo. Aí, o cenário pode ser o de aquela parcela que seria deixada para a liquidação ser conhecida com a própria efetivação, comprovando o réu que já realizou as restituições ao mesmo tempo em que demonstra quem são os titulares e qual seria o valor devido a cada um.⁶⁸⁸

Uma cisão estanque, visando primeiro a obter “cognição exauriente”, para depois permitir a execução, pressupõe que a diferenciação, ainda que em mais de um momento, é viável e necessária. Tem como base, certamente, a ideia de *nulla executio sine titulo*,⁶⁸⁹ que, “além de ter objetivado demonstrar que a execução não poderia ser realizada sem título, quis também deixar claro que esse deveria conter em si um direito declarado, sem deixar margem para qualquer situação de incerteza”.⁶⁹⁰ Assim é que Chiovenda afirmava que a sentença condenatória teria uma dupla função: certificar a vontade concreta da lei (certeza) e preparar para a execução (formação de título definindo o que deve ser executado)⁶⁹¹.⁶⁹²

⁶⁸⁸ É o que se tem na ACP n.º 93.0001406-4/JFPR. Após a sentença que ordenou o reembolso das quantias indevidamente pagas pelos consumidores quando do aumento das mensalidades, o Ministério Público Federal requereu, entre outras providências, que a efetivação do provimento judicial fosse feita determinando-se à Unimed a devolução dos valores diretamente aos beneficiários, preferencialmente por meio de compensação nas faturas vincendas, na hipótese daqueles lesados ainda clientes da operadora de plano de saúde. Em audiência, chegou-se (após quase 20 anos de tramitação do processo na “fase cognitiva”!) a um acordo, no sentido do que havia sido requerido. O referido acordo, com integral cumprimento ainda pendente, encontra-se disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=6610197&DocComposto=&Sequencia=&hash=cd99b40f1089fc48e230c19875f27b91>.

⁶⁸⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Execução**, ob. cit., p. 26, n. 2.

⁶⁹⁰ Ibid. “A certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida na execução” (DINAMARCO, C. R. **Execução civil**, ob. cit., p. 111, grifado no original).

⁶⁹¹ Ou, quanto à segunda função, “preparar a execução, formando a convicção dos órgãos do Estado sobre a ulterior atuação do direito” (CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 185).

⁶⁹² Ibid., v. 1, p. 184-185. Embora reconheça que pode haver “ação executória independentemente da declaração”. “Da vontade da lei de que se realize a execução, decorre, ao mesmo tempo, o direito *do Estado* a atuá-la, isto é, a praticar os atos executivos, e o poder do credor de provocar a exercício desse direito, poder que é a *ação executória*”, mas esta ligada à declaração é a ação “normal” ou “ordinária”, enquanto a que não apresenta tal ligação é a “anormal” ou “especial” (Ibid., v. 1, p. 307). Sobre a diferença entre ação executiva e ação executória, na tradução, v. Ibid., v. 1, p. 305, n. 17.

Não é que na execução não haja nada de conhecimento. Até mesmo, em relação à ação executória, haveria cognição, mas bastante restrita, superficial, isto é, não a “verdadeira cognição”.⁶⁹³ Embora, realmente, já seja reconhecido que também o processo de execução (ou a fase executiva) contemple elementos cognitivos,⁶⁹⁴ ou que “não coincidem em extensão os conceitos de execução e processo executivo”, pois “[n]ão só atos executivos o juiz realiza no processo executivo, assim como o processo de conhecimento contém atividades não-cognitivas”,⁶⁹⁵ é fácil perceber que, mesmo se considerada essa relação de preponderância, não é isso que se tem no processo coletivo-estrutural, ao menos não em regra.⁶⁹⁶

O processo civil clássico, além de bipolarizado, é marcado pela diferenciação entre conhecimento e execução. Ainda que se fale em sincretismo, é somente considerando a desnecessidade de mais de um processo, pois as fases continuam distintas, não havendo grande espaço, como regra, para “exercício de cognição” depois da sentença.⁶⁹⁷ Desse modo, falar em aproximação entre conhecimento e execução não é necessariamente dizer, por exemplo, que a tutela do direito se dá ou deve dar-se de outra forma, reinventando-se.⁶⁹⁸ A cognição na “execução” ainda é limitada, especialmente quando o título é judicial. Uma coisa continua sendo uma coisa, e outra coisa, outra.

6.2 Uma coisa é outra coisa? A união estável

Se se tenta operar tal cisão no processo coletivo-estrutural, é possível questionar o que acontece na suposta “fase de conhecimento”. Por ora, pode ser cogitado que haja “julgamento

⁶⁹³ Ibid., v. 1, p. 310.

⁶⁹⁴ “Virtualmente todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento” (COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, ob. cit., p. 441).

⁶⁹⁵ DINAMARCO, C. R. **Execução civil**, ob. cit., p. 112.

⁶⁹⁶ Realmente, não parece que isto aconteça: “A distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de acerto (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam a preparar o ato material final satisfativo de direito” (Ibid., p. 111).

⁶⁹⁷ Lembre-se: “Art. 162. [...] § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”, com a redação dada pelo Lei 11.232, de 2005, conforme dispõe o CPC/73. Ou, mais evidente ainda, no CPC/15: “Art. 203. [...] § 1º [...] sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

⁶⁹⁸ Essa outra forma, portanto, não diz simplesmente respeito a se deve ser instaurado um outro processo ou não; ou se no mesmo processo deve haver requerimento da parte ou se o juiz, na ausência de comprovação do descumprimento, deve passar ao uso dos meios de efetivação necessários. V. nota de Liebman em CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 305-307, n. 17 (“se se admite a autonomia do ordenamento processual em relação ao substancial, a identidade do direito subjetivo perde, sob êsse aspecto, toda a importância; persiste, em vez disso, fato de que, tanto a cognição quanto à execução, são por igual condicionadas a um poder da vontade do interessado”).

antecipado da lide”,⁶⁹⁹ ainda mais quando se estiver diante de uma situação considerada de inegável violação de direitos. Poderia haver discussão a respeito, por exemplo, de se o Judiciário, apesar do patente estado de inconstitucionalidade, pode “intervir”, compreendida como uma “questão de direito”. Ou, ainda, reputar-se que outras questões tenham a mesma natureza (como, por exemplo, se a Constituição assegura determinado direito a uma pessoa nos termos em que foi pleiteado), reservando o debate acerca de como alterar a situação concreta para momento posterior, se não for logo determinado, no “comando”, como deve dar-se a efetivação.

Um exemplo da invocação da técnica do “julgamento antecipado” é a já citada ação civil pública relativa ao tratamento fora de domicílio.⁷⁰⁰ Foi consignado, na sentença: “para elucidação dos fatos e persecução do direito de caráter coletivo entendo não ser possível a produção de prova pericial de forma genérica sem individualização, e nem mesmo a produção de provas em audiência, já que o tema coletivo não depende de conhecimento técnico, pois, essa discussão circunda tão somente no campo de direito”. Também na ACP do Carvão não se procedeu à “fase instrutória”, sendo os requerimentos de produção de provas testemunhal e pericial indeferidos.⁷⁰¹ A propósito, um projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, estabelecendo o “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, tem previsão expressa no sentido de que, preferencialmente, deve haver o “julgamento antecipado da lide”.⁷⁰²

Se se pretender enquadrar o litígio estrutural dentro dessa separação, exigindo o “ponto final” da fase de cognição, ou seja, a sentença, deve ser feita uma análise concreta, cabendo ou não um “julgamento antecipado” conforme isso se mostre adequado. A rigor, a tendência de deixar boa parte do “conhecimento” para a “execução” – pressupondo por enquanto a diferenciação – parece decorrer das próprias características dos casos estruturais. Funciona como estratégia para que os esforços sejam concentrados no “como”, não tanto no “se”, na tentativa de estimular a negociação e uma solução criativa. Assim, a decisão serve para desestabilizar e fomentar um ambiente negocial-dialógico e participativo, se não for a hipótese, aliás, de não haver julgamento nenhum, com negociação desde logo.

⁶⁹⁹ Ou “julgamento antecipado do mérito”, na terminologia do CPC/15.

⁷⁰⁰ ACP n.º 5000555-91.2007.827.2706 (e-Proc), 2.ª Vara da Fazenda e Registros Públicos de Araguaína, Tocantins.

⁷⁰¹ Informação constante da sentença.

⁷⁰² Projeto de Lei n.º 8.058/2014, apresentado na Câmara dos Deputados em 04 de novembro de 2014. Assim está disposto: “Art. 16. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.”

Não é possível haver uma fase de “cognição exauriente”, a não ser que não se queira chegar a lugar nenhum, pois tal desiderato seria de concretização irrealizável. De todo modo, isso não significa que seja adequado o juiz lançar mão do “julgamento antecipado” de modo centralizado e tradicional, deixando, para a “execução”, tudo o que poderia ser diferente. Desde o início o processo tem de ser reformulado, como vem sendo argumentado. Pode haver casos em que a “fase de conhecimento” tenha de ser mais extensa do que em outros, com ampla participação para que se possa desenhar o caso estrutural e verificar os inúmeros interesses envolvidos. Em outros, pode ser que uma decisão seja proferida ou até mesmo uma negociação em termos gerais adotada desde logo em razão da evidência do problema, desestabilizando então o *status quo* e deixando para a “execução” quase toda a cognição.

Até por isso, em contraponto a uma aplicação da técnica do “julgamento antecipado” e seguindo aquela tendência mencionada, afirma Ricardo Lorenzetti, quanto à implementação, que “é inevitável um lapso prolongado na execução, porque se trata de modificar situações que envolvem instituições, condutas, regras, culturas e sua concretização leva muito tempo”.⁷⁰³ Há muitas vezes a necessidade de dividir em etapas e contar com diversos envolvidos.⁷⁰⁴ Os caminhos possíveis são os mais diversos. Pode haver uma ordem genérica *desestabilizadora*, com posterior apresentação de um plano pelo responsável, para que seja objeto de manifestação pelos interessados. Podem ser apresentados vários planos para análise comparativa. A decisão pode ser do juiz, se aproximando mais ou menos do modelo comando-e-controle, ou haver uma negociação entre as partes e interessados para chegar-se criativa e colaborativamente a uma solução (provisória). É interessante incluir, como sugerido pelo experimentalismo, a fixação dos objetivos gerais até mesmo de modo negociado e o estabelecimento de critérios e procedimentos de avaliação de se as metas estão ou não sendo atingidas, para que haja acompanhamento e monitoramento concomitantemente, medindo pelo resultado o desempenho institucional. As possibilidades são várias e não param por aí, podendo o ciclo repetir-se inúmeras vezes, inclusive em razão da divisão em etapas.

⁷⁰³ No original: “Es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas y su concreción lleva mucho tiempo” (LORENZETTI, R. L. *Justicia colectiva*, ob. cit., p. 185).

⁷⁰⁴ Aqui se insere, a propósito, a inclinação para criar uma microinstitucionalidade, hipótese referida no capítulo anterior, item 5.2.4: “En la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en el caso del ‘Riachuelo’, se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría” (Ibid., p. 187).

Considerando tudo isso, tem-se “apenas execução”? Mesmo se cogitar-se que a sentença é relativa a somente uma parcela da cognição necessária para a execução, não parece que seja o caso de adotar, simplesmente, a lógica da “liquidação por artigos”, como se bastasse comprovar o dano e o nexo de causalidade, podendo, então, passar-se à efetiva reparação, por hipótese. Novamente, a ACP do Carvão é útil para demonstrar o que se quer dizer.

No âmbito de tal ação coletiva, há os autos da execução principal, para tratar das questões comuns, assim como os relativos às diferentes empresas mineradoras. Em relação à Carbonífera Catarinense,⁷⁰⁵ surgiu, por exemplo, no curso da reparação das áreas a ela atribuídas, discussão a respeito da responsabilidade por 250 minas abandonadas.⁷⁰⁶ Isso não havia sido abrangido pela “cognição exauriente” representada pela sentença da “fase de conhecimento”. Tampouco em tal momento executivo, após a apreciação dessa questão, a cognição estaria esgotada e o debate, encerrado. Nesse sentido, ao apreciar a responsabilidade por aquelas diversas minas, o magistrado deixou consignado:

7. Do caráter não-preclusivo parcial da presente decisão.

Nesta decisão, houve o reconhecimento da existência de bocas de mina abandonadas que estariam duplicadas nas tabelas que até então eram de conhecimento deste Juízo. Adotou-se, então, o estudo apresentado pelo DNPM constante no Anexo nº 50, que culminou no reconhecimento de 25 bocas de minas duplicadas.

Enfatizo, assim, que esta decisão, embora acolha o estudo do DNPM de filtragem/validação das bocas de mina, não declara estejam todas tais 25 bocas de mina de fato duplicadas. Com isso, oportunamente, se se constatar eventual equívoco, verificando-se que quaisquer dessas bocas de mina não se encontram duplicadas, caberá a este Juízo, se necessário, sobre a responsabilidade da recuperação delas decidir.

Outrossim, enfatizo que a presente decisão não abarca todas as bocas de mina que possam ser imputadas à União, à Carbonífera Catarinense e à IBRAMIL, já que, como se sabe, pelas pesquisas, vistorias e estudos outras bocas de mina podem ser descobertas, por exemplo. Assim, embora haja a imputação de responsabilidades nesta decisão, esta não exaure o tema atinente à responsabilização da União, da Carbonífera Catarinense e da IBRAMIL no que tange às bocas de mina abandonadas.

⁷⁰⁵ Cumprimento de Sentença n.º 2008.72.04.002976-6/JFSC.

⁷⁰⁶ Em relação a uma delas, a análise foi postergada, sendo que, em audiência designada para tratar disso, verificou-se que a Carbonífera Catarinense já havia fechado a boca de mina em questão, encerrando-se o debate, cf.: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=4650797&DocComposto=&Sequencia=&hash=6037ef448d73626a16120c0972a92207>.

Sem adentrar os detalhes do caso, essa situação indica que, nos processos estruturais, “cognição” e “execução” caminham juntas, não havendo como contar com a separação bi ou mesmo, na hipótese de haver liquidação, trifásica. E isso não deve ser encarado como uma “aberração processual”. Pode sê-lo, se forem utilizados os óculos do processo civil clássico, mas o problema está justamente em usá-los.

Interessante, ainda, é notar que a questão não envolve somente a cognição *judicial*. Será que é possível, realmente, dizer que só o juiz não sabe o que aconteceu ou até mesmo acontecerá, quando se está diante de um problema estrutural? A resposta parece ser negativa. Não é viável, ao menos não em todos os casos, aplicar a ideia de que as partes sabem o que aconteceu, faltando apenas o juiz inteirar-se. Em outros termos, não cabe aquela lógica de que as partes conhecem o evento que deu causa à demanda, e o juiz, como terceiro que não sabe o que ocorreu – até porque, se soubesse, sem isso se basear na prova dos autos, poderia restar prejudicada a sua imparcialidade –, é destinatário da produção probatória para formar seu convencimento sobre os fatos alegados (e, naquela linha, conhecidos) pelas partes. É que o desafio epistêmico posto pelos casos estruturais vai além da cognição judicial. Certamente, o dimensionamento e a compreensão do próprio problema estrutural, que é altamente complexo e imbrica diversos interesses, de suas causas e das possíveis soluções não colocam dificuldades somente ao magistrado.⁷⁰⁷

Nesse sentido, outro ponto de conexão ou concomitância entre conhecer e executar é que, na perspectiva experimentalista, há flexibilidade e constante revisão, sendo a “execução”, aí, aprendizagem. As informações vão sendo obtidas conforme se avança na concretização dos direitos, momento, aliás, em que seu próprio significado é construído. Tanto o direito como a sua forma de tutela vão ganhando contornos mais precisos, que podem ser alterados.⁷⁰⁸ Com base nos “erros” ou “acertos”, pode ser trocado o rumo até então seguido ou podem ser modificados alguns pontos mais específicos. A hipótese parece encontrar uma boa comparação quando se pensa em uma política pública e seu ciclo, até porque a suposta “fase de cumprimento” pode significar a criação ou o redesenho e a implementação dessas políticas. A própria avaliação, um dos momentos daquele ciclo, não é algo estanque que está inevitável e isoladamente no fim, mas

⁷⁰⁷ V., quanto ao desafio epistêmico, parte I, capítulo 3, item 3.1.4.

⁷⁰⁸ “To portray the core of judging as the declaration of rights independent of the effort to actualize them in particular circumstances ignores the practical dimension of adjudication. It also misrepresents the psychology of judicial decisionmaking to suggest that the anticipated difficulties of implementing rights do not strongly influence their declaration. [...] The remedy is an elaboration of the rights in question: it is not a technical effort to execute an already defined norm, as rights essentialism implies; nor is it an exercise of instrumental discretion, as crude positivism suggests.” (SABEL, C. F.; SIMON, W. H. *Destabilization rights*, ob. cit., p. 1.054).

acontece concomitantemente a outros momentos e serve de subsídio para uma potencial reelaboração.

Ainda, considerando o que foi exposto, mesmo que haja, no imaginado “esgotamento da cognição”, a fixação do que tem de ser feito, em uma decisão detalhada, como encontrada no universo do comando-e-controle, não se deve acreditar que tal detalhamento seja suficiente para conformar soluções factíveis, justamente por estas reclamarem flexibilidade, na linha do que já foi visto nos capítulos precedentes. Essa questão tem relação mais específica com o que será dito nos itens seguintes, mas vale aqui, para ilustrar, retomar o exemplo acima referido da ACP do tratamento fora do domicílio.

Foi estabelecido, na própria sentença, um procedimento de acompanhamento dos requerimentos desse serviço no âmbito administrativo. Houve a indicação de qual deveria ser o prazo de análise da solicitação e de comunicação da decisão ao usuário, assim como de quais seriam os órgãos responsáveis pela apreciação dos pedidos, entre outros aspectos. A partir de uma outra perspectiva, por exemplo, poderia ser reconhecido não que a pessoa tem direito a saber em dois dias qual é o resultado da sua requisição ou que o setor *x* ou *y* é que tem de analisá-la. O que se poderia fixar é que deve haver publicidade e um canal de acompanhamento, porque as pessoas têm direito a isso, mas deixando que o significado, com maior densidade, seja posteriormente alcançado. Assim é que direito vai ganhando determinado desenho em sua própria realização, conforme se concretiza. Tanto nessa hipótese de a (primeira) decisão ser mais genérica quanto na em que se tende a detalhar o que deve ser efetivado, a exigência de flexibilidade impõe e sinaliza a necessidade de uma revisão *à luz do que se conhece executando*. Mesmo que se pretenda determinar exatamente o que deve ser feito, é questionável a suficiência da cognição para que a cogitada solução seja adequada e assim não precise de modificações, o que se agrava conforme as dimensões do problema estrutural se expandem.

É sabido que “conhecimento e execução são *atividades* que podem ser desempenhadas ao longo do processo”,⁷⁰⁹ e, de modo geral, não é viável que haja ou deva haver uma nítida separação, isto é, que cada uma tenha seu “momento próprio” nos litígios estruturais. Entrelaçam-se. O cenário é mais dinâmico e o uso de cada uma dessas atividades deve acompanhar a dinamicidade, caso não se queira que o resultado visado seja infactível ou, até mesmo, acabe trazendo problemas ainda maiores. Assim, havendo uma sentença no processo coletivo-estrutural, ela não adquire seu significado clássico. É ela, como repetido diversas vezes

⁷⁰⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**, ob. cit., v. 2, p. 45, nota de rodapé omitida.

ao longo deste trabalho, o “pontapé inicial”, com, posteriormente, diferentes ciclos de decisões ou negociações.

Essa estruturação distinta e dinâmica, em que eventual sentença ganha sentido diverso, encontra amparo em técnicas processuais já existentes no sistema processual. Pode ser mencionado, especificamente, o art. 84 do CDC.⁷¹⁰ Sua amplitude parece permitir uma maleabilidade, se adotada uma visão mais ampla e desvinculada da noção de que apenas há “cognição superficial” na “fase de efetivação”, além da própria quebra, já sinalizada pelo CPC/15, da unicidade da sentença.⁷¹¹

É possível a adoção de medidas que assegurem a tutela específica assim como o resultado prático equivalente, entre as quais se podem incluir criar mecanismos para estimular a negociação, chamar interessados, desenhar colaborativamente resultados a serem alcançados e procedimentos e critérios de avaliação e revisão, criar grupos de trabalho, celebrar convênios, designar audiências específicas e audiências públicas, nomear auxiliares do juízo (inclusive um mediador, se for o caso), apresentar um plano ou vários, dividir os trabalhos em etapas, fixar um cronograma, etc. Até mesmo, caso utilizados meios coercitivos, especificamente a multa, é possível que seu emprego se dê de forma criativa e eficiente, com a destinação dos valores ao próprio empreendimento (re)estruturante,⁷¹² construindo o caso e tutelando o direito de forma concomitante, ainda que progressiva.⁷¹³

6.3 Coisa julgada: ponto de chegada?

No processo tradicional, à coisa julgada é dado grande relevo. Embora ela já não seja colocada como atributo essencial da jurisdição, ou seja, não mais se sustente que não seria

⁷¹⁰ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

⁷¹¹ Sobre a sentença no CPC/15, v. n. 684, acima. Como nelas registrado, o código define qual ato judicial deve ser considerado sentença, o que se liga não à sua “natureza” (definição ou não do mérito), mas à noção de encerramento de determinada fase do processo. O que se quer dizer com quebra da unicidade da sentença é que a resolução do mérito não se dá, na nova codificação, em uma sentença única. Diferentemente, pode ser resolvido de maneira fracionada – e assim também a respectiva formação de coisa julgada, não mais vinculada à sentença em termos formais –, ainda que para tanto seja utilizado o que é lá definido como decisão interlocutória.

⁷¹² Por exemplo, veja-se a aplicação dos recursos provenientes da multa na ACP do Carvão, conforme tabela disponível em: <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/portal/conteudo_portal/conteudo.php?cat=95>. Sobre a coerção, v., capítulo 4, item 4.2.3.1.3, acima.

⁷¹³ Tudo isso, além indicar a ausência de fases de estrita cognição ou execução, quebra também a ideia do juiz como “historiador”. Acerca dessa concepção, v. n. 328, acima.

jurisdicional o ato que não produz coisa julgada,⁷¹⁴ é inegável a sua importância, como mecanismo que traz certeza e segurança jurídicas. A propósito, aqui também são emblemáticas as palavras de Chiovenda, para quem “o processo civil, a par de sua função primitiva e rude de instrumento de coação usado para compelir o devedor a prestar o que deve, assumiu pouco a pouco *outras funções mais altas e refinadas: em primeiro lugar, a de criar a certeza jurídica, nas relações correntes entre os homens* (ações declaratórias)”.⁷¹⁵

Como pontua Egas Moniz de Aragão, o vocábulo “coisa” na expressão *coisa julgada* significaria o “bem” (Chiovenda) ou a “relação jurídica” ou o conflito (Carnelutti). Nesse sentido, a *res iudicata* nada mais seria do que a *res in iudicium deducta*, conforme exposta na petição inicial e na contestação, depois de julgada.⁷¹⁶ A seguinte passagem bem ilustra um cenário não familiar a casos estruturais, na linha exposta até aqui: “A palavra ‘julgada’ constitui o particípio passado do verbo julgar. Exige-se tanto do autor na petição inicial (art. 282, III), quanto do réu na contestação (art. 300 *in medio*), que exponham a relação jurídica a cujo respeito versará o processo, a *res in iudicium deducta* sobre a qual recairá a sentença do juiz, que também deverá examiná-la detidamente (art. 458, II) e sobre ela proferir o julgamento, solucionando as questões que lhe tenham sido submetidas (art. 458, III)”.⁷¹⁷

Não é difícil notar que tudo isso guarda relação com a diferenciação traçada no início deste capítulo entre cognição e execução, assim como com a correlata visão estática do processo. Seu objeto é definido logo no início, com apresentação das peças iniciais de ação ou defesa pelas partes, estabiliza-se e conta com a produção de provas a respeito, culminando na decisão final da causa pelo juiz. Essa decisão, então, refletirá necessariamente aquele objeto, sob pena de ser inválida (se não inexistente), e será revestida pelo “manto da coisa julgada”. Desse modo, a

⁷¹⁴ Entendendo que “sin cosa juzgada no hay jurisdicción”, v. COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, ob. cit., p. 411-412.

⁷¹⁵ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 48, grifado aqui. E, na continuação: “[...] depois, a de assegurar a conservação do estado de fato correspondente a determinada pretensão jurídica, enquanto se aguarda que o juiz a declare (ações preventivas); e ainda a de modificar as relações jurídicas (sentença constitutiva)”.

⁷¹⁶ ARAGÃO, E. D. M. de. **Sentença e Coisa julgada**, ob. cit., p. 191-192 (“coisa julgada” corresponde ao ‘bem’, à ‘relação’, ao caso sobre que as partes litigaram em juízo depois de estar a demanda solucionada pela sentença que houver acolhido ou rejeitado o pedido do autor”). Todavia, lembra que atualmente a expressão não designa simplesmente o julgamento da *res*, mas a imutabilidade dele (Ibid., p. 194). Sobre o entendimento de Chiovenda acerca de coisa julgada, não como imutabilidade que se acresce a um efeito (ainda, aos efeitos ou ao comando, conforme a concepção adotada), v. CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, ob. cit., v. 1, p. 369 e ss.

⁷¹⁷ ARAGÃO, E. D. M. de. **Sentença e Coisa julgada**, ob. cit., p. 192. Os dispositivos mencionados são do CPC/73. O art. 282 corresponde ao art. 319 do CPC/15; o art. 300, ao art. 336; e o art. 458, ao art. 489.

função “mais nobre” da coisa julgada seria, justamente, a de colocar fim ao litígio, implicando a extinção do estado de dúvida.⁷¹⁸

A coisa julgada realmente tem relevância prática,⁷¹⁹ para evitar a perpetuação das discussões, assim como conexão com o direito à tutela jurisdicional efetiva.⁷²⁰ Porém, nos casos estruturais, especialmente considerando o que foi dito a respeito da relação entre conhecimento e execução, não é tão claro que seja possível falar que a sentença “define o litígio”. Haver essa definição é condição de possibilidade da coisa julgada, bastando lembrar a reivindicada força declaratória suficiente para que a imutabilidade se forme.⁷²¹ Como já mencionado várias vezes, eventual decisão antes abre (desestabiliza) do que fecha (como faz a sentença “coberta pelo manto da coisa julgada”). Um fechamento se pode ter numa perspectiva do comando-e-controle com concentração e centralização da regulação pelo juiz. Poderia ser cogitado que, com uma sentença detalhada, “exaurindo a cognição”, não haveria problema para a formação da coisa julgada. De fato; mas o problema é anterior, a inadequação dessa lógica para os casos estruturais. Afirmar que deveria haver esgotamento da cognição e decisão especificando as condutas que têm de ser adotadas seria certamente dar um “tiro no pé” de uma atuação estrutural que se pretende factível e efetiva. Veja-se, novamente, a ACP do Carvão, em que a sentença foi genérica, e isso acabou sendo fator possibilitador da complexa recuperação ambiental:

Houve, naquela época, quem cogitasse que a sentença, diante de sua generalidade, seria inexecutível, o que, se viu após, se mostrava uma afirmação incorreta. Em realidade, diante da extrema complexidade da recuperação que estava em jogo, que haveria de se fazer em larga escala, a sentença jamais poderia, ou mesmo conseguiria, trazer as definições e as diretrizes necessárias a sua concreta execução.

⁷¹⁸ Ibid., p. 216. Em outro trecho, aponta que coisa julgada seria “o pronunciamento imutável emitido pelo Estado no exercício soberano da função jurisdicional, por ele autoritariamente imposto aos litigantes como solução formulada *in specie* para compor o conflito de interesses submetido à apreciação do juiz” (Ibid., p. 197).

⁷¹⁹ COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, ob. cit., p. 407; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 83.

⁷²⁰ MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, ob. cit., p. 136-138. “Portanto, como seria fora de propósito, e até mesmo bizarro, transformar o direito fundamental à tutela jurisdicional em um direito a uma ‘opinião’ do juiz, é fora de qualquer dúvida que esse direito tem como corolário o direito à definitividade da solução do conflito” (Ibid., p. 137).

⁷²¹ Conforme anotam, por exemplo, MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de Conhecimento**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 648. É o que diz a conhecida lição de Pontes de Miranda: “Para que a sentença tenha eficácia de coisa julgada material é preciso que a carga de declaratividade seja 5, ou 4, ou, pelo menos, 3. Se tem carga de declaratividade inferior a isso, não faz coisa julgada material” (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, ob. cit., t. IV, p. 83). Ademais, Eduardo Couture lembra que, “[e]n sus términos literales, la cosa juzgada podría definirse, entonces, como un objeto que ha sido motivo de un juicio. La preposición ‘este vaso es de plata’ es, en esta primera acepción, una cosa juzgada” (COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, ob. cit., p. 400), mas não é esse sentido que ela ganha no âmbito jurídico. Coisa julgada não é imutabilidade relativa a qualquer juízo feito pelo magistrado (por exemplo, um juízo sobre um fato, com a ressalva da falsidade de documento).

Em realidade, posteriormente veio a se tornar um consenso entre os participantes da ACP do Carvão de que, em verdade, a sentença fora sábia por definir, apenas em planos gerais, os deveres de recuperação, deixando para a fase de execução a missão complexa de dar efetividade ao julgado. Hoje, sem dúvida se pode afirmar que a sentença não teria como ir além do que foi, tendo se mostrada (sic) absolutamente acertada a estratégia adotada pelo juiz então sentenciante, já que, naquela época, na prática, ninguém sabia (nem mesmo as empresas) como de fato a recuperação ambiental deveria, tecnicamente, ser realizada.⁷²²

No fim da primeira parte deste trabalho, foi mencionado o problema da certeza ou mais especificamente o de um processo voltado à segurança e à certeza. “Conhecimento” e “certeza” já no processo individual encontram dificuldades,⁷²³ as quais são escancaradas na dimensão estrutural. Pode até haver concordância quanto a que nos encontraríamos numa “época de incertezas”.

Não obstante, temos instituições cujo funcionamento depende – e muito – da certeza. Estamos falando do processo civil. Não só a certeza que se busca na reiteração de decisões judiciais, sempre frustrada. Mas também a certeza que se coloca como objetivo ao final do processo: certeza na decisão, calcada na certeza das formas processuais no procedimento ordinário, amparada pela instrução probatória, consagrada pelo título executivo e pela coisa julgada, avessa a qualquer provimento de urgência anterior à decisão final, que em tese é a única decisão certa, precisa, porque fundada na suposta “posse da verdade”. Além dessas duas exigências de certeza há mais uma: a certeza do direito a ser aplicado.⁷²⁴

Se isso já pode ser questionado no âmbito individual, ganha acento especial no campo coletivo, ainda mais estrutural. O processo coletivo-estrutural não pode ser um processo voltado à segurança (entendida como imutabilidade). Está realmente muito longe de ser uma “fábrica de certeza jurídica”.⁷²⁵ Sua função é justamente trabalhar com problemas estruturais visando a articular possíveis soluções. Obviamente não é o processo que irá “solucionar” os problemas estruturais, mas todo um conjunto de forças (e esforços) muito mais complexo. Ele também não é uma “fábrica de solução de problemas”, muito menos de problemas estruturais, marcados por uma alta complexidade, a qual desafia todos que com eles lidam. Há proximidade daquela

⁷²² Conforme histórico disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/index.php>>.

⁷²³ “[...] no processo civil, sem dúvida, teve quase nenhuma repercussão, já que conservada em formol, ainda hoje a jurisdição tradicional acredita piamente na possibilidade da certeza na decisão. Pois se nas ciências em geral as certezas foram devidamente desmistificadas pela teoria do caos, no processo civil essas mesmas certezas ainda sobrevivem, em especial no procedimento ordinário” (BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: BECKER (Ed.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 285-339, p. 313).

⁷²⁴ Ibid., p. 286-287.

⁷²⁵ Lembrando que a ideia de certeza denega a criatividade e o tempo, Ibid., p. 291-292, nota de rodapé omitida.

função “menos nobre” da atividade jurisdicional, diriam alguns à primeira vista, a de “concretizar prestações”.

Nesse cenário, seria, então, viável falar em coisa julgada?

6.4 Coisa julgada e estabilidade: entre o estático e o dinâmico

Ao menos de modo geral, havendo uma declaração genérica na decisão judicial, é de se questionar a utilidade ou até a possibilidade da existência de coisa julgada (onde está a “vontade concreta da lei” ou a “carga declaratória suficiente”?). Nessa linha, para tentar conferir flexibilidade, poderia ser utilizada a distinção entre formas de tutela do direito e técnica processual.⁷²⁶ Isso porque a sentença determina a forma de tutela devida (por exemplo, inibitória ou ressarcitória) e em relação a isso é que há coisa julgada. Os meios utilizados para concretizar a tutela (técnicas processuais) não são abrangidos pela imutabilidade, de modo que podem ser trocados sem qualquer violação àquela.⁷²⁷ Assim se dá em relação à multa coercitiva, que pode deixar de incidir e ter sua periodicidade ou seu valor alterados, pois é uma técnica processual, não a própria tutela.

Ademais, poderia ser cogitada a construção de Sérgio Arenhart em relação à tutela inibitória coletiva, forma de tutela que não deixa de ser empregada nos casos estruturais, ainda que não isoladamente.⁷²⁸ Considerando que para a inibição não necessariamente (ou pouco provavelmente) existe um juízo de certeza, há quem questione a ocorrência de coisa julgada. Diante disso, Arenhart aponta que, ainda que não haja uma declaração de certeza na sentença inibitória em algumas situações, isso não pode ser considerado como falta de cognição exauriente, pois, mesmo sem chegar à certeza, o juiz examina a matéria “*com a maior dimensão de cognição possível*”, ou seja, com a “*máxima profundidade possível*”.⁷²⁹

Porém, sem excluir a possibilidade de que isso aconteça, é de questionar-se se a decisão realmente, ao não determinar o que deve ou não ser feito – ao apenas fixar a responsabilidade (em sentido amplo), por exemplo –, concede a tutela do direito, ou mais especificamente, se

⁷²⁶ V. MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**, ob. cit., p. 119 e ss.

⁷²⁷ Ibid., p. 233 (trazendo, para diferenciar técnica de tutela do direito, um exemplo em que se pretende evitar a poluição do meio ambiente – ou sua continuidade –, podendo ser empregadas para tal fim distintas técnicas executivas, como a cessação das atividades ou instalação de um equipamento).

⁷²⁸ Sobre as formas de tutela nos litígios estruturais, v. parte I, capítulo 1, item 1.2.2.

⁷²⁹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 407, grifado no original.

estabelece que determinada tutela é devida. Trazendo o raciocínio empregado na “liquidação igual a zero”, tem-se:

A sentença, que afirma que o demandado deverá indenizar se o dano mais tarde for declarado, exige, para ser executada, posterior declaração do dano e do seu valor. A sentença que, para ser executada, necessita da declaração do dano, não concede a tutela ressarcitória. Por outro lado, uma vez que a sentença é dependente de ulterior declaração de pressuposto imprescindível para a configuração do direito à tutela ressarcitória, ela é “quase-condenatória”. Ou seja, não há tutela ressarcitória, mas sim declaração de um dos seus pressupostos; e também não há condenação, pois essa exige a configuração de todos os requisitos para a execução, exceto a definição do *quantum debeatur*.⁷³⁰

Diante dessa incompletude, parece mais adequado pensar, na hipótese em que a discussão na “fase de conhecimento” resulta em uma responsabilização em abstrato, que se opera a desestabilização do *status quo*, fixando-se uma “obrigação de agir” – em que medida e como, não se sabe –, não propriamente uma obrigação de fazer específica.⁷³¹ Os contornos da tutela só vão se definindo e redefinindo ao longo do processo, como visto, e sem aquela separação estanque entre o que é conhecer e o que é executar.⁷³² Ao menos em regra, não haverá uma forma específica de tutela do direito reconhecida na sentença nem possivelmente uma especificação em liquidação na sequência – isto é, em uma decisão complementar única – a ensejar a formação de coisa julgada desde logo. Não obstante, a fixação dessa responsabilidade e, por exemplo, se é exclusiva, subsidiária ou solidária, ainda que em termos genéricos, não é inútil.

Pode ocorrer, por outro lado e como assinalado acima, que na decisão judicial seja determinado exatamente o que deve ser feito, e por isso pode ela se aproximar do processo tradicional, com especificação da tutela devida, possibilitando a existência de uma “declaração completa”. Por exemplo, imagine-se que o juiz determine desde logo a criação de 200 mil vagas em creches e escolas em determinado município ou que sejam fixados os parâmetros específicos

⁷³⁰ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Execução**, ob. cit., p. 140.

⁷³¹ “The form of relief does not flow ineluctably from the liability determination, but is fashioned ad hoc. In the process, moreover, right and remedy have been to some extent transmuted. The liability determination is not simply a pronouncement of the legal consequences of past events, but to some extent a prediction of what is likely to be in the future. And relief is not a terminal, compensatory transfer, but an effort to devise a program to contain future consequences in a way that accommodates the range of interests involved.” (CHAYES, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, ob. cit., p. 1.293-1.294).

⁷³² A propósito, naquela perspectiva de aproximação entre as formas de tutela e os *remedies*, é mesmo essa a conclusão a que se chega quanto à conformação da própria tutela no momento de sua efetivação: “The remedial phase in structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end – well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself.” (FISS, O. M. *The Forms of Justice*, ob. cit., p. 27, grifado aqui).

a serem atendidos na reforma de certa instituição. A estabilidade dessas determinações, porém, não obrigatoriamente é algo que se coaduna com as necessidades dos casos estruturais, pois podem se mostrar inadequadas ou passar a não atender mais às expectativas. Uma imutabilidade absoluta nesse sentido, então, não tem tanta harmonia com a necessidade de flexibilidade e constante revisão, embora uma discussão infundável também não seja aconselhável.

Estabelecer metas gerais, bem como procedimentos e critérios de avaliação e revisão, cria válvulas de escape para que se garanta estabilidade (e efetividade) por meio da própria revisibilidade. Assim, o foco em mecanismos que incentivam a negociação e o alinhamento da regulação do caso e do próprio procedimento dessa regulação continuada parece mais frutífero. Nesse contexto, a alta complexidade e a falta de conhecimento não são vistas como um problema em si, mas como algo com o que se deve lidar e a que se deve adaptar o “processo de solução”.⁷³³

Nas hipóteses de negociação, ainda que com a participação do juiz, não há falar em coisa julgada, pois esta se liga ao julgamento – à declaração judicial –, sendo, então, empregáveis outras formas de estabilização.

Em algumas situações, pode ser necessário que a decisão judicial preencha o que não foi possível alcançar com a negociação entre os interessados, mas não parece que isso possa ser compreendido nos moldes do processo tradicional.⁷³⁴ Para além da eventual possibilidade de ser diferenciada a tutela do direito das técnicas processuais para efetivá-la,⁷³⁵ é preciso notar, por

⁷³³ Como explicado no capítulo 4 desta parte do trabalho, o experimentalismo trabalha com resultados e, assim, com critérios para avaliá-los, antes que com condutas predefinidas para alcançar um resultado. Para notar-se a diferença, inclusive quanto à flexibilidade, veja-se o caso *New York State Association for Retarded Children v. Carey*, em que no *consent decree* ficou estabelecido qual seria a redução devida da população de pacientes internados na instituição (de 5.700 para 250), assim como o número de camas que deveria haver por dormitório para os estabelecimentos comunitários a que seriam transferidos (15 camas). A decisão data de 1975, e em 1981 o réu tentou modificá-la – uma das pretensões era ampliar o número de camas por quarto –, o que não havia sido permitido inicialmente pela corte local, em razão de não se ter demonstrado circunstâncias excepcionais ou a ensejar a alteração, mas a decisão foi revertida em instância superior, com reconhecimento da necessidade de conferir flexibilidade às reformas estruturais (706 F.2d 956 (2d Cir. 1983)) (v. LEVINE, David I. *The Latter Stages of Enforcement of Equitable Decrees: The Course of Institutional Reform Cases After Dowell, Rufo, and Freeman*. **Hastings Constitutional Law**, v. 20, p. 579-648, 1993, p. 591-593). Com isso, vê-se que não é simplesmente por haver algo de consensual que a solução (ou o solução) ganha caráter experimentalista, mantendo a perspectiva da rigidez.

⁷³⁴ “Since everyone’s crystal ball is inevitably cloudy, it might appear natural for courts to allow modifications.” (Ibid., p. 585).

⁷³⁵ O que não necessariamente será possível, considerando a “incompletude da declaração”. Ademais, o que se considera tutela ou técnica pode variar conforme a perspectiva adotada. Isso pode ser exemplificado com a diferenciação operada por Paul Gewirtz, cotejando as compreensões corretiva e distributiva das reformas para dessegregação racial nas escolas públicas nos EUA. Na perspectiva corretiva algo pode ser só um meio para alcançar o resultado, enquanto na distributiva pode ser o próprio resultado. Nesse sentido, a determinação de que percentuais de integração fossem observados em escolas pode significar o resultado, isto é, que sempre deve haver aquelas quantidades, e, em outra, pode ser um mecanismo temporário para que outro objetivo considerado como final seja alcançado, como a não identificação das escolas pelo critério racial. V. GEWIRTZ, P. *Choice in the*

exemplo, que uma decisão que determina a criação de 200 mil vagas pela Administração Pública não pode ficar congelada, porque é ao longo do tempo e com a experiência que se vai modelando e percebendo a necessidade.⁷³⁶ Novos estudos podem surgir ou outros dados podem ser coletados, o que não necessariamente se encaixa nas categorias “fato novo” ou “nova causa de pedir” do processo civil clássico.⁷³⁷ Para além de sua utilidade prática, pensar em coisa julgada tem como uma de suas premissas aquela divisão entre “conhecimento” e “execução”, com definição da tutela a ser prestada em termos específicos, ainda que essa especificação se dê em duas fases; entende-se que é possível, ao menos em geral, o conhecimento dos fatos e a formação do convencimento judicial, para, *depois e com base nisso*, executar. A diferenciação, porém, não é de todo praticável nos litígios estruturais, sendo necessário pensar em outros mecanismos que confirmem estabilidade à conclusão coletiva.

A propósito, a necessidade de maior flexibilidade foi reconhecida nos EUA.⁷³⁸ Por um lado, como registra Owen Fiss, as *structural injunctions* marcam-se pela prolação de diversas ordens suplementares para adaptar o plano inicial de reorganização institucional (é o ciclo de decisões antes referido).⁷³⁹ Por outro, há a questão de saber se, havendo determinações detalhadas, é possível o réu obter a sua modificação. Nesse sentido, Charles Sabel e William Simon lembram que no caso *Wyatt*, passados cinco anos da ordem judicial, procurou-se alterar o *consent decree*, com base na alegação de que os procedimentos lá previstos eram excessivamente rígidos – vários seriam “ritualísticos e sem sentido”. Além disso, muito do que foi estabelecido já não seria adequado. Havia sido determinado, por exemplo, que aos residentes do estabelecimento de cuidado à saúde mental deveriam ser oferecidas seis horas de treinamento, o que seria incompatível com as condições pessoais de diversos pacientes. Tal quantidade seria inadequada

Transition, ob. cit., p. 794-795 (assim é que entende que, “[w]hile it would be error for the court rigidly to insist on the achievement of the precise integration percentages projected in the initial plan, or to compel readjustments of the racial balance once desegregation is ‘accomplished,’ a court is right to insist that the remedy ‘work’ to produce a result: the actual elimination of racially-identified schools. In revising (rather than terminating) a plan that falls short, the court does no more than carry out its duty to eliminate effects of the violation”).

⁷³⁶ “Necessarily, no particular paper plan can be a final and complete remedy until it is determined whether it actually works in the real world. In this sense all desegregation plans are ‘step at a time’ plans by definition incomplete at inception.” *Pasadena City Bd. of Educ. v. Spangler*, 427 U.S. 424, 435 (1976) (Ibid., p. 796, n. 216).

⁷³⁷ A lógica do fato novo, porque rígida, parece problemática aqui, pois categorizações mais atrapalham do que ajudam, neste contexto.

⁷³⁸ V. também ROACH, K.; BUDLENDER, G. Mandatory relief and supervisory jurisdiction, ob. cit., p. 330, sobre a questão na África do Sul.

⁷³⁹ V. n. 415 e 503, acima.

para a maior parte deles, especialmente porque houve desinstitucionalização do tratamento, priorizando o atendimento comunitário (*community placements*) ao internamento.⁷⁴⁰

Tratando da questão da alteração da decisão judicial, com julgamento ou homologação judicial de acordo, David Levine⁷⁴¹ menciona que inicialmente era adotada a linha estabelecida pelo *Justice Cardozo* no caso *Swift*,⁷⁴² segundo a qual a modificação da decisão judicial seria possível, desde que observado o “*grievous wrong test*”.⁷⁴³ Com *Rufo*,⁷⁴⁴ porém, a Suprema Corte adotou o “*flexible test*” para a modificação das decisões nos litígios estruturais, quando não fosse mais justo (*equitable*) permanecer impondo a decisão. Todavia, isso não seria um mero juízo de conveniência. Pretendendo alterar a decisão, o sujeito teria o ônus de demonstrar uma mudança fática ou jurídica relevante,⁷⁴⁵ além de a modificação proposta dever ser adequada às novas circunstâncias.⁷⁴⁶

Nesse panorama da flexibilidade em vez de rigidez (a solução encontrada não nasce para se perpetuar rigidamente, mas para ser flexivelmente estável), é forçoso pensar em outras formas de conferir estabilidade ao que é decidido (em sentido amplo) coletivamente. É enganoso equiparar estabilidade e coisa julgada, pois esta é apenas um dos mecanismos para tanto, e muitas vezes pode nem ser o mais adequado.⁷⁴⁷ Há diferentes técnicas para que se tenha estabilidade, e a abertura é justamente uma delas. Um exemplo “extrajudicial” pode ser interessante. No capítulo 2 da primeira parte, foram mencionados os contratos administrativos

⁷⁴⁰ V. SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization rights, ob. cit., p. 1.031. “These patients had shown no capacity to benefit from such extensive training, and it sometimes became an unpleasant and demeaning experience for them. The court denied the motion, however, holding that the provisions in question, including the six-hour training requirement, were essential to the ‘constitutional right’ of each resident to effective treatment.” (Ibid., p. 1.031, nota de rodapé omitida).

⁷⁴¹ V. LEVINE, D. I. The Latter Stages of Enforcement of Equitable Decrees, ob. cit., p. 584-602, sobre esses casos.

⁷⁴² *United States v. Swift & Co.* (286 U.S. 106 (1932)).

⁷⁴³ “*Nothing less than a clear showing of grievous wrong evoked by new and unforeseen conditions should lead us to chance what was decreed after years of litigation with the consent of all concerned*” (Ibid., p. 587, reproduzindo as palavras do *Justice Cardozo* no caso).

⁷⁴⁴ *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail* (502 U.S. 367 (1992)).

⁷⁴⁵ Foi registrado na decisão que a modificação com base em novas circunstâncias fáticas poderia dar-se em três linhas: quando elas fazem com que o cumprimento passe a ser substancialmente mais oneroso, quando a decisão já se mostra impraticável em razão de obstáculos não previstos ou, por fim, quando a efetivação da decisão sem modificá-la seria prejudicial ao interesse público. Ainda, a Suprema Corte rejeitou o argumento dos recorridos no sentido de que a modificação só deveria ser permitida quando os novos fatos não tivessem sido previstos e fossem mesmo imprevisíveis. “Ordinarily, however, modification should not be granted where a party relies upon events that actually were anticipated at the time in entered into a decree. [citations] If it is clear that a party anticipated changing conditions that would make performance of the decree more onerous but nevertheless agreed to the decree, that party would have to satisfy a heavy burden to convince a court that it agreed to the decree in good faith, made a reasonable effort to comply with the decree, and should be relieved of the undertaking Rule 60(b).” (RENDLEMAN, D. **Complex litigation**, ob. cit., p. 480-481).

⁷⁴⁶ Quanto o caso, inclusive com a decisão da Suprema Corte e alguns questionamentos, v. Ibid., p. 474-497.

⁷⁴⁷ Sobre diferentes formas, CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 241 e ss; ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 361 e ss.

incompletos.⁷⁴⁸ A expressão já poderia causar estranheza para alguns, pois se tem a ideia da necessidade de definir como se dá o negócio, até para que seja possível conferir às partes estabilidade e segurança jurídicas.

Como coloca Egon Bockmann Moreira, “convivemos com vários tempos, simultâneos e assimétricos, e não possuímos qualquer imunidade a essas medidas extrajurídicas. O Direito não mais se relaciona com um só tempo, o jurídico, que efetivamente deixou de ter a proeminência que outrora o caracterizou”.⁷⁴⁹ Aí, a visão estática do próprio contrato não cabe mais. Passa-se a ter contratos de longo prazo, de 15 a 35 anos, que podem servir de instrumento de governo e assim *locus* de definição de políticas públicas.⁷⁵⁰ Essa extensa prospectividade traz consigo a incompletude contratual e abala a distinção entre o previsível e o imprevisível.⁷⁵¹ A abertura, em tais situações, chega a ser a própria condição de possibilidade do negócio.

Assim, também, o tempo dos casos estruturais é outro. Não é o tempo do “processo de conhecimento” nem o tempo das metas do Conselho Nacional de Justiça. Isso tem reflexos no processo como um todo e este terá de ser flexível, o que não se coaduna com a ideia de sentença que encerra a discussão, sendo então selada pela coisa julgada. Outras formas de estabilidade devem ser buscadas.⁷⁵²

Em relação aos participantes do processo de maneira geral, inclusive o juiz, com prioridade à negociação e à colaboração, é possível imaginar que não haja uma prefixação de quem pode provocar a mudança, deixando aberto para que, eventualmente, cogite-se a inadequação da solução encontrada ou de algum aspecto, critério ou procedimento a ela relacionado, provocando ou estimulando eventual nova negociação, com outra desestabilização, se demonstrada a necessidade de alteração (se superado o ônus argumentativo).

Por outro lado, em relação aos terceiros, no sentido de que não participaram pessoalmente do processo, não é infrequente que indivíduos vão a juízo para obter uma resposta

⁷⁴⁸ V. n. 189, acima.

⁷⁴⁹ MOREIRA, E. B. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo, ob. cit., p. 7.

⁷⁵⁰ V. Ibid., p. 12 e ss. “Desde 1995, tais negócios jurídicos efetivamente definem algumas das principais políticas públicas do Estado brasileiro: portos, ferrovias, rodovias e aeroportos a serem desenvolvidos e mantidos; telecomunicações e energia a serem universalizadas; serviços administrativos e de saúde a serem efetivamente prestados. A depender da sofisticação técnica de sua modelagem, tais contratos podem se prestar à efetiva distribuição de riqueza.” (Ibid., p. 13).

⁷⁵¹ Ibid., p. 14-15 (“impossível é a futurologia contratual”). E a abertura se justifica, porque “a *segurança contratual* advém da *certeza de mudança*”, de modo que “hoje é equivocado pensar em estabilidade como sinônimo de imutabilidade” (Ibid., p. 17, grifado no original).

⁷⁵² “Ao deliberar sobre conflitos dinâmicos, complexos e multilaterais, com cursos e alterações descontínuos e não lineares, com riscos e prognoses de difícil avaliação e efeitos muitas vezes subjetivamente alargados, impende haver uma adaptação também dos mecanismos do Estado para responder adequadamente e prover soluções equânimes e temporalmente sustentáveis” (CABRAL, A. do P. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**, ob. cit., p. 542).

diversa da coletiva, de forma não obrigatoriamente harmônica com a necessidade de coletivização do tratamento judicial de problemas estruturais. É com essa questão que este capítulo se encerra.

Foi defendida aqui a necessidade de que o tratamento seja coletivo. Diante disso, o que dizer da efetividade dessa coletivização se for possível a continuidade da propositura de ações individuais sobre o mesmo assunto ou até mesmo desafiando a solução coletiva? É possível fazer uma diferenciação que em parte solucionaria o questionamento – ou melhor, que em parte não estaria abrangida por ele. Trata-se dos diferentes regimes de coisa julgada em relação à espécie de “direito coletivo” (se “essencialmente coletivo” ou de titularidade individual, mas tratado coletivamente), acoplados à legitimidade para propositura das ações coletivas.

É que, como se sabe, quanto aos direitos ditos difusos ou coletivos, a coisa julgada atinge os próprios titulares e assim inviabiliza a repropositura da demanda por qualquer legitimado, no caso de procedência ou improcedência, com a ressalva da hipótese desta por insuficiência de provas.⁷⁵³ Além disso, a questão não poderá ser discutida no plano individual por falta de legitimidade, já que não são direitos individuais e assim não têm como ser discutidos em ação individual – em poucas palavras, os indivíduos não têm legitimidade para propor ação coletiva.⁷⁵⁴ E, ainda, diga-se, tal legitimidade, com a ressalva da ação popular, engloba todas as ações coletivas, sejam para a tutela de direitos considerados propriamente coletivos, sejam para a tutela de direitos individuais. O que pode propor é ação para tutela do *seu* direito *individual*, não de um *conjunto* de direitos *individuais*.

Porém, a situação é diversa quando se trata de direitos individuais e a demanda individual é proposta para proteção de direito próprio. Desafiar o resultado da coletiva não apenas pode ocorrer em face de uma decisão judicial, mas também de um acordo coletivo. Exemplo disso se tem com uma ação civil pública ajuizada para revisão de benefícios previdenciários por incapacidade e de pensão por morte àqueles relacionados, pela correção do cálculo com base no art. 29, II, da Lei 8.213/1991.⁷⁵⁵ Acordou-se a fixação de um calendário de pagamento dos

⁷⁵³ V. ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, ob. cit., p. 410.

⁷⁵⁴ Excetuada a previsão para ação popular. Mas aí, sendo um dos legitimados coletivos para tanto, fica reflexamente atingido pela coisa julgada como os demais legitimados e assim não pode discutir novamente a questão no plano *coletivo* em razão da *coisa julgada* já formada. No plano *individual*, continua não podendo discutir, por falta de *legitimidade*.

⁷⁵⁵ ACP n.º 0002320-59.2012.4.03.6183/JFSP. Contempla os benefícios com “data do despacho” (DDB) entre 17 de abril de 2002 e 29 de outubro de 2009. O acordo encontra-se disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120906acordo-INSS.pdf>>. Mais em: <www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/INSS-PRES/2013/268.htm>. Segundo informações do primeiro,

“atrasados” decorrentes da revisão, mas ele é desafiado por inúmeras ações individuais pretendendo o pagamento imediato das respectivas quantias. Porém, na hipótese de o cronograma ter sido estabelecido para tentar de uma forma isonômica atender a todos que estavam na mesma situação e de modo que isso fosse factível, sem prejudicar a própria viabilidade do sistema previdenciário, não é difícil perceber o problema de fragmentar-se o tratamento para recebimento dos valores.

Nesse sentido, em situações que envolvem questões estruturais, em que se impõe o tratamento coletivo, é no mínimo estranho pensar na possibilidade de que a solução coletiva seja simplesmente desconsiderada, para tutela imediata do direito individual – para que o titular alcance o que é mais benéfico para ele *em termos somente individuais*, como se a efetivação do direito de um não afetasse o de outro que está na mesma situação (ou até interesses diversos). Chegando a esse ponto, são ao menos dois caminhos a serem seguidos.

O primeiro deles é o da coisa julgada, que encontra aqui duas barreiras, no mínimo. Inicialmente, a própria dificuldade de falar-se em coisa julgada no processo coletivo-estrutural, como visto acima, pela ausência de “declaração completa”, seja em razão de sequer existir propriamente um julgamento em algumas situações, seja pela generalidade da declaração. Caso seja possível vislumbrar a formação de coisa julgada em relação aos interesses individuais coletivamente tutelados, a segunda barreira é o art. 103, III, do CDC, que estabelece a formação da chamada “coisa julgada *erga omnes*” somente na hipótese de procedência, ou seja, não se vinculam pela coisa julgada os afirmados titulares à decisão coletiva de improcedência. Na mesma lógica, tampouco podem ficar vinculados a um acordo coletivo que lhes pareça prejudicial (individualmente falando), como na hipótese em que é fixado um cronograma para pagamento dos valores em determinado prazo, mas o credor quer receber imediatamente, na linha do exemplo acima.

Para superar isso, talvez seja cogitável outra hipótese para a vinculação. Como antes anotado,⁷⁵⁶ a necessidade de coletivização para conformação dos casos estruturais aproxima-se de um dos tipos de *class action*, o da *Rule 23(b)(1)(B)* das *Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos*, espécie que não admite o *opt out*, isto é, o indivíduo não pode optar por não ficar vinculado à decisão coletiva, em razão da imprestabilidade da via individual para preservar o direito dos demais (supostos) titulares. Aqui, fazendo a analogia e empregando o tratamento

“cálculos do INSS, datados de agosto de 2012, mostram que esse recálculo gera um passivo, relativo a benefícios já pagos, de ordem de R\$ 6,0 bilhões em valores constantes (base INSS de agosto de 2012)”.

⁷⁵⁶ V. capítulo 5, item 5.1.1.1, acima.

atribuído ao direito coletivo “em sentido estrito” (art. 103, II, CDC) – e dessa forma conferindo utilidade processual para a tal previsão em apartado relativamente aos “direito difusos” –, também os indivíduos têm de ficar vinculados. Senão, sequer faria sentido admitir a necessidade de tratamento coletivo na hipótese em que um direito afeta o outro, e cujo resultado muito provavelmente não é o da “maximização” de cada direito individual, ensejando a discussão na via de igual adjetivo.⁷⁵⁷ É o regime da coisa julgada “*ultra partes*”, sem diferenciação *secundum eventum litis*, ressalvada apenas a hipótese de improcedência por falta de provas, conforme previsão legal. A mesma necessidade de vinculação pela coisa julgada *pro et contra* se aplica à coletivização passiva, já que a possibilidade de questionamento individual vai contra o próprio objetivo daquela técnica.⁷⁵⁸

Não obstante isso, conferir vinculação pela coisa julgada, ainda que com aplicação do regime do inciso II do art. 103 do CDC, especialmente em relação à coletivização ativa, seria, ao menos no presente momento, de difícil aceitação pela doutrina em geral ou até mesmo pela jurisprudência. Ademais, no caso estrutural a coisa julgada pode não ter lugar, como dito.

Como outra forma de conferir estabilidade ao que foi decidido ou negociado coletivamente, pensando nos “terceiros afetados”, é interessante utilizar como mecanismo a própria isonomia, como sugere Sérgio Arenhart. Embora o CDC estabeleça que há formação de coisa julgada “*erga omnes*” nas ações coletivas apenas na hipótese de procedência, isso não quer dizer que aquela decisão coletiva possa ser simplesmente ignorada e, assim, que os indivíduos possam livremente ajuizar suas demandas individuais. Por isonomia, o resultado da ação coletiva deve ser aplicada à individual (obviamente, se a situação, passiva ou ativa, for realmente “homogênea”).⁷⁵⁹ A ideia tem especial relevo nos casos estruturais, haja vista o que foi dito sobre a coletivização do litígio, tendo ela mesmo como uma de suas razões a isonomia, pois o tratamento individual de questões estruturais (e assim policêntricas) prejudica, ainda que

⁷⁵⁷ “23(b)(1) uses the class action as a way out of a situation that would otherwise force the legal system into either futility or contradiction. Under those circumstances it becomes easy to understand why the drafters dispensed with consent as an element of representation. If consent were sought, it could be withheld, and if that occurred – even on the part of a single individual – the court would face just the problem the rule seeks to avoid.” (YEAZELL, S. C. **From Group Litigation to the Modern Class Action**, ob. cit., p. 257)

⁷⁵⁸ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 238 (“no caso de coletivização passiva não se pode admitir o exercício do direito de autoexclusão, sob pena de inviabilizar a proteção dos interesses do autor. Assim, os interessados estarão todos sujeitos aos efeitos da decisão, e de maneira imutável, ainda que não tenham de fato participado do processo e mesmo que não se lhes tenha garantido o direito de pretender defesa autônoma”).

⁷⁵⁹ Ibid., p. 366-367 e 371-376 (“Embora não se possa falar em coisa julgada *erga omnes* na sentença de improcedência, há certamente um efeito ‘fático’ da sentença coletiva, que inibe, por via transversa, a possibilidade de deduzir – com a mínima chance de sucesso – demandas individuais depois do fracasso da ação coletiva”, p. 367). V., também, p. 367-369.

“apenas” faticamente, outros titulares de direitos semelhantes ou até distintos. Ademais, talvez seja mais adequada, em razão de sua plasticidade, que a própria coisa julgada, levando em conta o que foi dito acerca da maleabilidade da demanda e da dinamização do próprio objeto do processo.⁷⁶⁰⁻⁷⁶¹

Certamente, a aplicação da isonomia como critério para conferir vinculação dos indivíduos e estabilidade à decisão (em sentido amplo) coletiva pressupõe que o processo coletivo tenha sido idôneo, que os interesses afetados tenham sido adequadamente representados.⁷⁶² Isso evidencia a importância da ampla participação no processo, como técnica de adequação, fazendo com que uma discussão efetiva ocorra no processo coletivo-estrutural, sem quebrá-la ou perpetuá-la em incontáveis processos individuais,⁷⁶³ viabilizando assim que as possíveis soluções sejam ali pensadas e concretizadas.

⁷⁶⁰ Sobre esses aspectos da maleabilidade e da dinamização, v. capítulo 5, item 5.1, acima.

⁷⁶¹ Aplicando essa forma de conferir estabilidade ao que resultou – ou vem resultando – do processo coletivo, é possível empregar, aliás, a técnica da suspensão de eventuais ações individuais para posterior aplicação da isonomia, se não for viável ou mesmo aconselhável eventual reunião de processos pela coletivização.

⁷⁶² Como lembra ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**, ob. cit., p. 377-380. Também, FISS, O. M. *The Allure of Individualism*, ob. cit., p. 971-972.

⁷⁶³ Tampouco parece apropriado haver inúmeros processos coletivos sobre o tema, o que tem também o efeito de quebrar o tratamento do problema estrutural, que deve ser coletivo (não fragmentado). Isso não quer dizer que deva haver apenas um processo sempre, mas que não pode ocorrer a repetição ou uma quebra irracional, como a que muitas vezes é gerada pela falta de registro e publicidade de ações coletivas já ajuizadas, ocasionando a ocorrência de litispendência e decisões conflitantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve como preocupação central a relação do Judiciário com os problemas estruturais. Isso se liga a diversos questionamentos, que podem inclusive implicar, dependendo da resposta a eles conferida, a desnecessidade de pensar um outro processo. Por exemplo, os seguintes. Como o Judiciário está lidando com os casos que envolvem problemas estruturais? O Judiciário tem realmente condições de lidar com eles? Há características “inerentes” que de todo modo comprometeriam a capacidade do Judiciário de atuar nesse campo? Seria então melhor retirá-lo daí? Se não, o que é preciso e possível aprimorar? É viável continuar com o mesmo modelo de processo, estruturado para litígios bipolarizados? Obstáculos existentes no tratamento de questões estruturais pelo Judiciário decorrem desse modelo adotado?

Tentando trabalhar com essas questões, viu-se que os casos devem ser conformados como litígios estruturais, o que traz diversas implicações, como a necessidade de que o tratamento seja coletivo, assim como que a lógica bipolar seja totalmente afastada. Também, o foco da análise dessa relação entre a tutela jurisdicional e os casos estruturais tem de ir além da discussão da legitimidade em abstrato. O questionamento adequado diz respeito à capacidade institucional do Judiciário, e parte de tal capacidade tem ligação com o modelo de processo adotado. Não é por acaso, por exemplo, que há críticas no sentido de que o processo é estreito ou que, já que lida só com as demandas que são ajuizadas (e como o são), trata os problemas de maneira fragmentada, o que comprometeria a habilidade de lidar com os estruturais.

Ocorre que o processo não tem de ser assim. O modelo bipolarizado é apenas um dos modelos possíveis. Construir outro processo não significa “desnaturá-lo”. A desnaturação só é possível se ainda se está dentro do mesmo paradigma, mas, como apontado por Ovídio Baptista da Silva, o caminho é justamente a revisão desse paradigma. Nesse sentido, também, um processo civil desenhado para lidar com uma sociedade estática é aquele que tem como função trazer certeza, o que também se mostra problemático no campo estrutural. Com a estruturação do processo voltada para tal finalidade, e operando dentro da lógica dos conflitos bipolarizados, ele funcionará mal para outros objetivos, e entre esses outros estão os de um processo que pretende trabalhar com casos estruturais, com problemas concretos altamente complexos.

Repensar o processo civil para que o Judiciário aprimore sua capacidade institucional passa ao menos por dois planos, além da própria revisão das concepções que estão na sua base. Pela reflexão sobre diferentes institutos processuais, que não são neutros, e pela renovação ou

uso renovado das diferentes técnicas processuais, para o delineamento dinâmico e casuístico do procedimento a ser seguido.

Ao procedimento deve ser dada atenção, pois não fazê-lo é também descuidar do processo, assim como, em última análise, da prestação de tutela jurisdicional. Tal prestação depende do processo e o processo depende do procedimento. Nessa linha, o processo coletivo-estrutural, de viés experimentalista-pragmático, apresenta quatro potenciais elementos; a participação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência. Marca-se por um espectro amplo de participantes, muito distante da configuração autor *versus* réu, pelo estímulo da negociação-diálogo entre os mais diversos interessados e pela aprendizagem.

Os litígios estruturais são policêntricos e complexos, trazem imbricações de interesses e exigem que as possíveis soluções sejam pensadas de modo criativo e interativo. Apresentam um desafio epistêmico para todos os envolvidos. Não há fórmula mágica escondida por alguém. Impõem outra racionalidade. A postura dos participantes do processo deve ser diversa, afastada da lógica da culpabilização e da bipolarização. Os diferentes atores envolvidos têm de inserir-se nesse outro cenário, adotando uma postura prospectiva, para que potenciais respostas ao problema estrutural possam ser criadas e para que as reformas estruturais possam ser concretizadas, buscando, enfim, a construção de soluções, embora provisórias, para remediar a violação de direitos, depois de desestabilizado o *status quo*.

Essa dinâmica dá-se com o uso de técnicas processuais adequadas à complexidade e à dinamicidade dos casos estruturais, com a construção cauística do procedimento, para que o processo seja *funcional* e idôneo para lidar com essas situações materiais policêntricas e complexas, capaz de possibilitar a “tutela estrutural”. Isso exige também desapego em relação a institutos processuais clássicos, como a demanda, concebida para litígios estáticos, e a própria contraposição entre parte e terceiros, como se fosse possível ignorar a relevância dos inúmeros interesses que se imbricam nos problemas policêntricos. Igualmente a sentença perde o seu protagonismo, não mais “define o litígio” e encerra a discussão. Muito pelo contrário. Sequer é possível contar, ademais, com uma distinção precisa entre cognição e execução.

Para tudo isso, porém, é necessária uma mudança da compreensão que se tem do processo. Isso certamente é outro desafio, mas se espera que as considerações deste trabalho reforcem que é preciso dar o primeiro passo. Por outro lado, se reconhecido que é necessária essa outra forma de atuação jurisdicional, as técnicas sugeridas devem ser ou continuar sendo *experimentadas* (testadas), a fim de verificar sua idoneidade para lidar com os diversos litígios estruturais. A regra, se houver alguma, aqui, não é a rigidez, mas a flexibilidade, aliada à criatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLISON, John W. F. **A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 154 a 269**. V. II. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.
- _____. **Sentença e Coisa julgada: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A Doutrina Brasileira da Multa Coercitiva: Três Questões ainda Polêmicas**. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- _____. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as Demandas Ressarcitórias em Pecúnia**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 12 jan. 2012.
- _____. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 05 dez. 2014 [artigo publicado na Revista de Processo, v. 225].
- _____. **La Oralidade em la Justicia. El caso Brasileño**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- _____. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 22 mai. 2012.
- _____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 20 mai. 2011.
- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. 2013. 278p (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. 2011. 164p (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BALKIN, Jack M. **What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision**. Nova Iorque: New York University Press, 2002.

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court. **Diritto & questioni pubbliche**, v. 13, p. 407-444, 2013.
- BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: Estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: BECKER, L. A. (Ed.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 285-339.
- BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/>. Acesso em: 10 mai. 2014.
- _____. “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Ed.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 245-291.
- BILCHITZ, David. Judicial remedies and socio-economic rights: A response to Christopher Mbazira. **ESR Review**, v. 9, n. 1, p. 9-12, mar. 2008.
- BONE, Robert G. Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy between Dispute Resolution Model and Public Law Models of Litigation. **Boston University Law Review**, v. 75, p. 1.273-1.324, 1995.
- _____. The Misguided Search for Class Unity. **The George Washington Law Review**, v. 82, p. 651-717, mai. 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- _____. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae**. 2008. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, n. 39, p. 201-223, mai. 2014.
- _____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

- _____. Despolarização do processo e "zonas de interesse": Sobre a migração entre polos da demanda. **Revista da SJRJ**, n. 26, p. 19-55, 2009.
- _____. **Nulidades no Processo Civil**: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- _____. Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, n. 2, p. 199-213, abr./jun. 2006.
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, n. 1, p. 55-66, jun. 1994.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sintéticas. **Revista de Processo**, v. 36, n. 192, fev. 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **El testimonio de la parte en el sistema de la oralidade**: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. La Plata: Librería Editora Platense, 2002.
- CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS; CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA APLICADA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**: Relatório de pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, mai. 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1949.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.
- _____. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.
- COLE, Daniel. The varieties of comparative institutional analysis. **Wisconsin Law Review**, p. 383, 2013. Disponível em: <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/files/3-Cole.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**: 2011. 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "Execução Negociada" de Políticas Públicas em Juízo. **Revista de Processo**, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.
- CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, v. 20, n. 77, jan./mar. 1995.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- _____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V. 4. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- DIVER, Colin. S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, fev. 1979.
- DOBBS, Dan B. **Law of Remedies: damages, equity, restitution**. 2 ed. St. Paul: West Pub. Co., 1993.
- EASTERBROOK, Frank H. Civil Rights and Remedies. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 14, n. 1, p. 103-111, 1991.
- EBADOLAH, Mitra. Using structural interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. **New York University Law Review**, v. 83, p. 1.565-1.606, 2008.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.
- EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980.
- FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.
- FISS, Owen M. Between Supremacy and Exclusivity. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 187-208, 2007.
- _____. Coda. **University of Toronto Law Journal**, v. 244, p. 229-244, 1988.
- _____. Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions. **Harvard Law Review**, v. 94, p. 626-646, 1981.
- _____. Foreword. In: GARGARELLA, Roberto et al (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?** Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006, p. xi-xiv.

- _____. Modelos de Adjudicação/Models of Adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, nov. 2005.
- _____. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 965-979, 1993.
- _____. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- _____. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.
- _____. The History of an Idea. **Fordham Law Review**, v. 78, p. 101, 2009.
- _____. The Political Theory of the Class Action. **Washington and Lee Law Review**, v. 53, n. 21, 1996.
- _____. The Social and Political Foundations of Adjudication. **Law and Human Behavior**, v. 6, n. 2, 1982.
- _____. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982.
- FONSECA, Juliana Pondé. **Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro: por um processo civil factível**. 2011. 184p (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- FULLER, Lon L. Adjudication and the rule of law. **Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1921-1969)**, v. 54, abr. 1960.
- _____. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Ed.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- GEWIRTZ, Paul. Choice in the Transition: School Desegregation and the Corrective Ideal. **Columbia Law Review**, v. 86, p. 728-798, 1986.
- _____. Remedies and Resistance. **The Yale Law Journal**, v. 92, n. 4, p. 585-681, mar. 1983.

- GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- _____. **Rumo a um código de processo civil coletivo:** a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.
- GILLES, Myriam E. An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It's Still Moving! **University of Miami Law Review**, v. 58, n. 1, p. 143-171, 2003.
- _____. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Cardozo Law School – Public Law Working Paper**, v. 11, abr. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=223734>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante.** Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 10, jul./dez. 2007.
- HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático.** São Paulo: Annablume, 2013.
- HINKELAMMERT, Franz J. La Inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. **Revista Pasos**, v. 85, p. 20-35, set./out. 1999.
- HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, p. 721-753, 2006.
- HOROWITZ, Donald L. **The courts and social policy.** Washington D.C.: The Brookings Institution, 1977.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KING, Jeff. **Polycentricity and Resource Allocation: A Critique and Refinement.** 2006. Disponível em: <<http://www.trinitinture.com/documents/king1.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.
- _____. Social Rights and Welfare Reform in Times of Economic Crisis. (Paper) **Protecting Economic and Social Rights in Times of Economic Crisis: What Role for the judges?** Ouro Preto, Brasil: European Comissions for Democracy Through Law, 2014.
- _____. **The pervasiveness of polycentricity.** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1027625>>. Acesso em: 21 set. 2014.
- KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives:** choosing institutions in Law, economics and public policy. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

- _____. **Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 402-459, 2012.
- LEVINE, David I. The Latter Stages of Enforcement of Equitable Decrees: The Course of Institutional Reform Cases After Dowell, Rufo, and Freeman. **Hastings Constitutional Law**, v. 20, p. 579-648, 1993.
- LEVIT, Janet Koven. Rewriting Beginnings: The Lessons of Gautreaux. **The John Marshall Law Review**, v. 28, p. 57-103, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder Judiciário: ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, n. 21, p. 21, 1994.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends leave? **The American University Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1.243-1.299, 1992.
- MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. **Wisconsin Law Review**, p. 541-563, 2013. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/files/7-Maduro.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.
- MAJONE, Giandomenico. The transformation of the regulatory State. **Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione**, 2010. Disponível em: <http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; _____. **Processo de Conhecimento.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____; _____. **Procedimentos Especiais.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

- _____; _____. **Novo Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____; _____. **Novo Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MBAZIRA, Christopher. **Litigating socio-economic rights in South Africa:** A choice between corrective and distributive justice. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Direitos Individuais Homogêneos:** sentença, liquidação e execução nos processos coletivos. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/209191/artigo_aluisio.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Ed.). **Por una justicia dialógica:** El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 159-185.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Algumas reflexões sobre o ensino e a prática jurídica. **Gazeta do Povo.** Curitiba. 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/algumas-reflexoes-sobre-o-ensino-e-a-pratica-juridica-eh8y4vqgje2f8uz5dw3vctzym>>.
- _____. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública,** v. IV. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 5-18.
- _____. Qual o futuro da Direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Eds.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 107-139.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo,** v. 16, n. 61, jan./mar. 1991.
- _____. Neoprivatismo no processo civil. **Revista de Processo,** v. 122, p. 9, abr. 2005.
- _____. O poder da Suprema Corte Norte-Americana e suas limitações. **Revista de Processo,** v. 33, n. 155, p. 117-124, jan. 2008.
- _____. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de Processo,** v. 125, p. 279, jul. 2005.

- _____. **Temas de Direito Processual**. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984.
- NATHAN, Vincent M. Have the Courts Made a Difference in the Quality of Prison Conditions? What Have We Accomplished to Date? **Pace Law Review**, v. 24, p. 419-426, abr. 2004.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos**, v. 1, p. 5-20, nov. 2011.
- NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 36, p. 101-132, out./dez. 2011.
- OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 270 a 331**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- PATTERSON, James T. **The Troubled Legacy of *Brown v. Board***. Disponível em: <<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/ACF236.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- POLANYI, Michael. **A lógica da liberdade: reflexões e réplicas**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Forense, 1974.
- PUGA, Mariela G. **La realización de derechos en casos estructurales**. Disponível em: <<http://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2014. [Citação autorizada pela autora]
- _____. **Litigio Estructural**. 2013. 329p (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires.
- QUEIROZ NETO, Gabriel José. **Um Mandado de Segurança Incomum**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=135>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- REBELL, Michel A. Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, p. 1487-1544, 2007.
- RENDLEMAN, Doug. **Complex litigation: injunctions, structural remedies and contempt**. Nova Iorque: Foundation Press, 2010.
- _____. Remedies: A guide for the perplexed. **Saint Louis University Law Journal**, v. 57, p. 567-584, 2013.

RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. **University of Miami Law Review**, v. 58, 2003.

_____. Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preference for settlement. **Journal of Dispute Resolution**, v. 2002, n. 1, p. 155, 2002.

ROACH, Kent. Teaching Procedures: The Fiss/Weinrib Debate in Practice. **The University of Toronto Law Journal**, v. 41, n. 2, p. 247-286, 1991.

_____; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when it is appropriate, just and equitable? **The South African Law Review**, v. 122, n. 2, p. 325-351, 2005.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1.669-1.698, 2011.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2nd. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. V.1. Buenos Aires: E. J. E. A, 1955.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004.

SARGENT SHIVER NATIONAL CENTER ON POVERTY LAW. **Federal Practice Manual for Legal Aid Attorneys: Chapter 9 – Relief**. 2013. Disponível em: <<http://federalpracticemanual.org/node/50>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014.

SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, p. 1.994-2.036, 1999.

_____. Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders. **New York University Law Review**, v. 81, n. 2, p. 550-630, 2006.

SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State. National Europe Centre Paper No. 100, **Australian National University**, jun. 2003.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 565-594, 2006.

SHAPIRO, Fred R. The Most-Cited Law Review Articles Revisited. **Chicago-Kent Law Review**, v. 71, n. 3, p. 751-779, jan. 1996.

- _____.; PEARSE, Michelle. The Most-Cited Law Review Articles of All Time. **Michigan Law Review**, v. 110, n. 8, p. 1.483-1.520, 2012.
- SHARP, Naomi. **Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform**. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- _____. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, v. 158, abr. 2008.
- _____. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Eds.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.
- _____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- _____. Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judicial. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, p. 23-34, 2002.
- _____. Processo e Ideologia. **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 19-36, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO; SARMENTO, (Eds.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.
- SIMON, William H. The Warren Court, Legalism and Democracy: Sketch for a Critique in a Style Learned from Morton Horwitz. In: BROPHY, A. e HAMILTON, D. (Eds.). **Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Professor Morton J. Horwitz**. Cambridge: Harvard University Press, v. I, 2009.
- _____. Toyota Jurisprudence: Legal Theory and Rolling Rule Regimes. **Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers**, paper 0479, 2004.
- STRECK, Luiz Lenio. "Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia" (entrevista). **Revista Consultor Jurídico**. 10/08/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>. Acesso em: 20 ago. 2014.
- STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.
- _____. Equality and the Forms of Justice. **University of Miami Law Review**, v. 58, p. 51-82, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Eds.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 45-79.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque e Londres: W. W. Norton & Company, 1999.

- TUSHNET, Mark V. **The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education**, 1925-1950. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Nova Iorque e Londres: Verso, 2004.
- VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anais - Faculdade de Cs. Jurídicas y Sociales**. U.N.L.P., v. 43, p. 267-286, 2013. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 dez. 2014.
- _____. Habeas corpus colectivo en tutela del derecho al trabajo de personas en situación de cárcel (*FED). **Class Actions en Argentina [blog]**, 03 dez. 2014. Disponível em: <http://classactionsargentina.com/2014/12/03/habeas-corpus-colectivo-en-tutela-del-derecho-al-trabajo-de-personas-en-situacion-de-carcel-fed/>. Acesso em: 04 dez. 2014.
- VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. 2006. 264p (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- _____. Judiciário Constituição e democracia no Brasil. **Revista da EMARF**, Cadernos Temáticos, dez. 2010.
- _____; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (Ed.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: Editora UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.
- _____; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. **Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.
- VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: O controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. 104p (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- WATANABE, Kazuo. Capítulo I Disposições Gerais. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- WEINRIB, Ernest J. Adjudication and Public Values: Fiss’s Critique of Corrective Justice. **The University of Toronto Law Journal**, v. 39, n. 1, p. 1-18, 1989.

YEAZELL, Stephen C. **From Group Litigation to the Modern Class Action**. New Heaven e Londres: Yale University Press, 1987.

ZARING, David T. National Rulemaking Through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform. **UCLA Law Review**, v. 51, p. 1.015-1.078, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, p. 37-43, abr./jun. 1995.